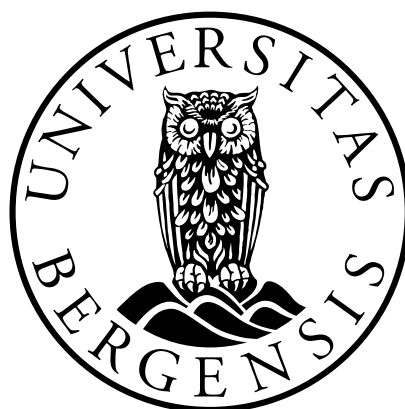


Barns vern etter åndsverkloven § 104 mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier

Kandidatnummer: 57

Antall ord: 14 846



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1. Innledning	3
1.1. Problemstilling	3
1.2. Begrepsforklaring	4
1.3. Rettskildebildet	5
1.3.1. Det rettslige grunnlaget	5
1.3.2. Øvrige rettskilder.....	5
1.3.3. Overordnede tolkningsbidrag	7
1.3.4. Metodisk refleksjon	8
1.4. Avgrensninger	9
1.5. Fremstillingen videre	9
2. Grunnleggende hensyn	11
2.1. Innledning	11
2.2. Foreldres rett til ytringsfrihet	11
2.3. Barns rett til privatliv	12
3. Barns rettslige handleevne	14
3.1. Innledning	14
3.2. Barns selvbestemmelsesrett	14
3.2.1. «Personvernrettslig myndighetsalder»?	15
3.3. Barns medbestemmelsesrett	17
4. Foreldres rett til å publisere bilder av egne barn i sosiale medier	20
4.1. Innledning	20
4.2. Foreldres rett til å utøve samtykke på barnets vegne	20
4.2.1. Innledning	20
4.2.2. Foreldres bestemmelsesrett	21
4.2.3. Barnets beste	23
4.2.4. Konklusjon	26
4.3. Foreldres rett til å publisere bilder av egne barn i sosiale medier i kraft av egen rett til ytringsfrihet	26
4.3.1. Innledning	26
4.3.2. Avveiningsmomentene	27
4.3.3. Anvendelse av balansetesten	37

4.3.4. Konklusjon	41
5. Rettspolitisk vurdering	43
5.1. Innledning	43
5.2. Forslag til tiltak som kan styrke barns rettsvern mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier	43
5.2.1. Lovendring	43
5.2.2. Retningslinjer for publisering av bilder	43
5.2.3. Sanksjoner	44
6. Litteraturliste	47
6.1. Lover og konvensjoner	47
6.2. Forarbeider	47
6.3. Rettsavgjørelser	48
6.3.1. Høyesterett	49
6.3.2. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)	49
6.4. Juridisk teori	49
6.5. Nettkilder	50
6.6. Annet	52

1 Innledning

1.1 Problemstilling

I april 2017 la den svenske politiker Ebba Busch Thor ut et bilde på sin Instagram konto av sin to år gamle sønn liggende på en parkeringsplass med tilhørende tekst: «Jag har valt att kalla detta foto: stark vilja på parkering – scener ur en tvååringars liv».¹ Bildet fikk stor respons fra foreldre som kjente seg igjen i situasjonen og andre som lot seg underholde, men politiker ble også kritisert for å ha brukt private scener fra barnets liv som underholdning på internett.² Tilsvarende debatter om foreldres rett til å eksponere sine egne barn i sosiale medier finner vi også i Norge.³ Dette gir grunn til å rette fokus mot og kartlegge hvilket rettsvern barn egentlig har mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier. Det er denne problemstillingen som skal utforskes i denne oppgaven.

I «Foreldre og medier undersøkelsen 2018» oppga 80 % av foreldrene som ble spurt at de har publisert bilder av egne barn på internett.⁴ Tallet illustrerer at foreldre publiserer bilder av egne barn i sosiale medier i svært stor grad. Det er kanskje ikke spesielt overraskende. Det å dele opplevelser og erfaringer med egne barn er noe foreldre kan ha rett til, både i kraft av foreldres bestemmelsesrett og egen rett til ytringsfrihet. For barnet som ikke selv kan bestemme om det vil bli eksponert, skjer det imidlertid et inngrep i retten til privatliv. Publiseringsen av bildet av barnet i sosiale medier kan også være i strid med hensynet til barnets beste.

Drøftelsen av hvilket rettsvern barn har mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier, aktualiserer altså mulige kollisjoner mellom flere ulike menneskerettigheter med grunnlovs trinnhøyde.⁵ Lovgiver har lagt føringer for hvordan disse rettighetskollisjonene skal

¹ <https://www.aftenposten.no/norge/i/orlEm/-Foreldre-bryter-daglig-barnekonvensjonen-om-barns-rett-til-privatliv> (sist sjekket 09.12.2018)

² <https://www.expressen.se/kultur/ebba-busch-thor-gor-sig-rolig-pa-sitt-barns-bekostnad/> (sist sjekket 09.12.2018)

³ Se for eksempel <https://www.vg.no/rampelys/i/21AmE4/kritiske-til-bloggere-som-fronter-barna-boer-lages-nye-kjoereregler> (sist sjekket 09.12.2018)

⁴ <http://www.medietilsynet.no/globalassets/publikasjoner/barn-og-medier-undersokelser/2018-foreldre-og-medier-side-5> (sist sjekket 09.12.2018)

⁵ De aktuelle bestemmelsene er lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 100 (retten til ytringsfrihet), Grunnloven § 102 (retten til privatliv) og Grunnloven § 104 (barns grunnleggende rettigheter)

løses, blant annet ved å formulere en rett til eget bilde i åndsverkloven⁶ § 104. Det er denne bestemmelsen som skal danne utgangspunkt for drøftelsen i denne oppgaven.

Åndsverkloven § 104 er en spesialbestemmelse som gir vern mot at andre offentliggjør ens personbilde. Vernet gjelder uavhengig av avbildedes alder, og anses i dag som en del av det generelle personvernet.⁷ Det er derfor naturlig å ta rettslig utgangspunkt i åndsverkloven § 104 for å undersøke hvilket vern barn har mot at foreldre publisere bilder av dem i sosiale medier. Problemstillingen blir da hvor langt retten til eget bilde i åndsverkloven § 104 rekker som skranke for at foreldre kan publisere bilder av egne barn.

1.2 Begrepsforklaring

Det er noen begreper som står sentralt i oppgaven, og som derfor trenger en klargjøring.

Begrepet «barn» forstås i denne oppgaven som personer under 18 år. Dette er en begrepsforståelse som samsvarer med vergemålsloven⁸ og med Barnekonvensjonen.⁹

«Forelder» forstås i denne oppgaven som en person som er av biologisk opphav til barnet, eller en person som har foreldreansvar og daglig eller jevnlig omsorg for barnet. Dette er i tråd med begrepsforståelsen i barnelova.¹⁰

Begrepet «sosiale medier» forstås i denne oppgaven som internettsider hvor brukerne kan publisere egne bilder. Disse internettsidene er egnet til å nå ut til mer enn 20-30 personer, og ytringer fremsatt på disse regnes derfor som offentlige.¹¹ Eksempel på slike sosiale medier er «Facebook», «Instagram», «Snapchat» og blogg.

⁶ Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv (åndsverkloven)

⁷ Jon Wessel-Aas og Magnus Ødegaard, *Personvern: Publisering og behandling av personopplysninger*, Oslo 2018, side 55

⁸ Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven) § 8

⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) vedlegg 8: FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller (norsk oversettelse) (Barnekonvensjonen)

¹⁰ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) §§ 2 og 3.

Se også Lena R. L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, Bergen 2008, side 113-114 hvor det legges til grunn at det kan snakkes om både biologisk, juridisk og sosiologisk forelder.

¹¹ Jf. HR-2018-871-A avsnitt 22. Saken gjaldt et bilde av domfelte iført en politilue som ble publisert på Facebook. Dette ble ansett for å være en «offentlig» handling etter lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 10 (2).

Med «personbilde» menes et bilde hvor den avbildede kan identifiseres av de som kjenner personen.¹²

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Det rettslige grunnlaget

1. juli 2018 trådte den nye åndsverkloven i kraft. Denne er en modernisering av åndsverkloven 1961.¹³ Hovedreglene og prinsippene som åndsverkloven 1961 bygget på er videreført, og rettspraksis knyttet til denne er derfor relevant for tolkningen av den nye åndsverkloven.¹⁴

Åndsverkloven § 104 er en videreføring av åndsverkloven 1961 § 45c.¹⁵ I motsetning til straffeloven §§ 266 og 267 vil ikke rettsstrid etter åndsverkloven § 104 være avhengig av at foreldre har krenkelsesforsett. Dette gjør åndsverkloven § 104 til det naturlige utgangspunktet for oppgavens problemstilling.

Barnelova regulerer forholdet mellom barn og foreldre. Barnelova § 30 fastslår innholdet i foreldreansvaret, herunder foreldres bestemmelsesrett. Barnelova §§ 31-33 regulerer barns med- og selvbestemmelsesrett. Dette er rettigheter som kan komme inn og sette grenser for foreldres bestemmelsesrett. Barnelova vil derfor være en sentral rettskilde for oppgavens problemstilling.

1.3.2 Øvrige rettskilder

Forarbeidene til åndsverkloven § 104 viser til forarbeidene til åndsverkloven fra 1961.¹⁶ Da disse ble utarbeidet lenge før den digitale tidsalder kan man stille spørsmål ved om lovgiver ved lovrevisjonen har vurdert hvilken betydning tilveksten av internett og sosiale medier har hatt for retten til eget bilde. Det er derfor lite å hente fra forarbeidene knyttet til oppgavens

¹² Jf. Rt. 2008 s. 489 (Plata) avsnitt 55. Se også Wessel-Aas og Ødegaard (2018) side 57

¹³ Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)

¹⁴ Prop.104 L (2016-2017) «Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)» side 9

¹⁵ Ibid side 353

¹⁶ Ibid

problemstilling. Generelle uttalelser fra forarbeidene til åndsverkloven 1961 vil anvendes hvor det er relevant.

I forarbeidene til personopplysningsloven er aldersgrensene for barns deltagelse i sosiale medier drøftet, men ikke i relasjon til når barn selv kan velge å samtykke til publisering av eget personbilde i sosiale medier.¹⁷ Uttalelser fra disse forarbeidene vil bli brukt for å belyse barns rettslige handleevne.

Det er så vidt meg bekjent ingen rettspraksis fra Høyesterett hvor spørsmålet om hvor langt åndsverkloven § 104 rekker som skranke for at foreldre kan publisere bilder av egne barn i sosiale medier har vært behandlet. Det nærmeste man kommer er en uttalelse fra førstevoterende i Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfotodommen). Saken gjaldt et kjendispar som saksøkte et ukeblad for krenkelse av privatlivets fred etter at ukebladet hadde publisert bilder fra parets vielsesseremoni. På et av bildene var brudeparets mindreårige barn avbildet. Fordi saksøkerne ikke anførte at det var problematisk at ukebladet brukte bilder av barnet, gikk ikke førstevoterende «... inn på dei særlege spørsmåla som kan reisast der bilete av ein mindreårig er nytta utan nødvendig samtykke frå foreldra».¹⁸ Avgjørelsen ble avsagt under dissens, og har dermed begrenset vekt. Uttalelsen vitner imidlertid om at førstevoterende anså det som en relevant problemstilling at ukebladet brukte bilder av et barn uten foreldrenes samtykke, og det hadde derfor vært interessant å se hva resultatet hadde blitt dersom domstolene hadde drøftet dette spørsmålet.

Som følge av manglende rettspraksis vedrørende oppgavens problemstilling, vil Høyesterettspraksis vedrørende nærliggende problemstillinger bli brukt for å belyse hvilket vern barn har mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier etter åndsverkloven § 104.

Høyesteretts praksis viser at avgjørelser fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har betydelig vekt.¹⁹ Praksis fra EMD vedrørende forholdet mellom EMK artikkel 8 og artikkel 10 vil derfor være en sentral rettskilde for å belyse oppgavens problemstilling.

¹⁷ Prop.56 LS (2017-2018) «Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltagelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (Generell personvernforordning) i EØS avtalen» side 95-100

¹⁸ Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfotodommen) (dissens 3-2) avsnitt 53

¹⁹ Se blant annet Rt. 2007 s. 687 (Big Brother)

FNs barnekomité er Barnekonvensjonens overvåkningsorgan. Denne kommer med uttalelser knyttet til medlemslandenes forpliktelser. Uttalelsene er ikke bindende, men antas å ha stor vekt.²⁰ Disse vil bli brukt for å belyse hvordan prinsippet om barnets beste skal forstås.

Retten til eget bilde etter åndsverkloven § 104 er omtalt i juridisk teori. I «Personvern: publisering og behandling av personbilder» av Jon Wessel-Aas og Magnus Ødegaard er det inntatt et eget kapittel om temaet, men ikke i relasjonen foreldre og barn. I artikkelen «Om barns personvern» foretar Lucy Smith en juridisk drøftelse vedrørende foreldre som publiserer bilder og personlige opplysninger om egne barn på internett, men ikke i relasjon til åndsverkloven § 104.²¹ Barns rettsvern mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier er også omtalt i boken «Barn og Personvern» av Sara Eline Grønvold og Morten Hendis, men det er ikke foretatt noen inngående drøftelse av temaet.²² Disse alminnelige fremstillingene er relevante for oppgavens problemstilling.

1.3.3 Overordnede tolkningsbidrag

Ved tolkningen av hvilket vern barn har etter åndsverkloven § 104 mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier, er det flere rettskilder av ulik trinnhøyde som vil være relevante tolkningsbidrag.

For det første har foreldre rett til ytringsfrihet, jf. Grunnloven § 100 og EMK²³ artikkel 10. For det andre har barnet rett til respekt for sitt privatliv, jf. Grunnloven § 102, jf. EMK artikkel 8. For det tredje er barn gitt et ekstra vern gjennom Grunnloven § 104 (2) hvor det er slått fast at ved alle handlinger og avgjørelser som berører barn skal «barnets beste» være et grunnleggende hensyn, jf. Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. I henhold til menneskerettsloven²⁴ § 2 nr. 1 og 4 er EMK og Barnekonvensjonen gjort til norsk lov. Ved motstrid skal konvensjonsbestemmelsene gå foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §

²⁰ Se Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 64-65 hvor Høyesterett tok utgangspunkt i FNs barnekomités General Comment no. 14 (2013) *on the right of the child to have his or hers best interest taken as primary consideration*.

²¹ Lucy Smith, «Om barns personvern», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2011, side 106-126.

²² Sara Eline Grønvold og Morten Hendis, *Barn og personvern*, Oslo 2014, side 37-49

²³ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) vedlegg 2: Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse) (EMK).

²⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

3. Dette tilsier at EMK og Barnekonvensjonen vil være relevante tolkningsbidrag for hvordan Grunnlovens bestemmelser skal forstås.²⁵

Grunnloven og EMK regulerer i utgangspunktet kun forholdet mellom staten og borgerne, noe som blant annet innebærer at staten plikter å treffe positive tiltak for å verne om borgernes rettigheter.²⁶ Dette indikerer at myndighetene har en plikt til å sikre barn vern mot at foreldre publiserer bilder av barnet i sosiale medier, for eksempel gjennom lovgivning.

Den 1. juli 2018 trådte personopplysningsloven²⁷ i kraft. Personopplysningsloven inkorporerer EUs personvernforordning (GDPR)²⁸ i norsk rett, og er et uttrykk for hvor sentralt personvernet står i dag. Oppgavens problemstilling faller utenfor personopplysningslovens virkeområde, men generelle prinsipper for personvern som kommer til uttrykk i loven vil likevel være et relevant tolkningsbidrag for oppgavens problemstilling.

1.3.4 Metodisk refleksjon

Da oppgavens problemstilling ikke er prøvd for domstolene, gir rettskildene i liten grad holdepunkter for hva som er gjeldende rett for hvor langt retten til eget bilde i åndsverkloven § 104 rekker som skranke for at foreldre kan publiserer bilder av egne barn i sosiale medier. Man må derfor bruke lovbestemmelser og rettspraksis knyttet til andre rettslige problemstillinger for å løse oppgavens problemstilling. Dette gjør rettsanvendelsen krevende.

Ved lovrevisjonen ble ikke ordlyden i åndsverkloven § 104 forandret. Lovgiver har derfor tilsynelatende ikke foretatt en ny vurdering av rekkevidden av åndsverkloven § 104 i en digital tidsalder. Dette gir grunn til å være kritisk til bestemmelsen.

Videre er det utfordrende at det har vært lite forarbeidsprosesser ved utformingen av åndsverkloven § 104. Lovgiver henviser kun forarbeidene til åndsverkloven 1961 § 45c. Dette gjør at det er mindre å hente fra forarbeidene enn det som er normalt ved en ny lov.

²⁵ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, 5. utgave, Bergen 2018, side 24

²⁶ Ibid side 61

²⁷ Lov 15. juni 2018 nr. 38 om personopplysninger (personopplysningsloven)

²⁸ Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR]

Et siste moment er at oppgavens problemstilling er metodisk utfordrende ved at det ikke er mulig å gi en konkret konklusjon på oppgavens problemstilling, men at spørsmålet om hvilket vern barn har etter åndsverkloven § 104 mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

1.4 Avgrensninger

Det er mange andre enn foreldrene som daglig er i kontakt med barn, og som har anledning til å fotografere barna. I 2017 ble det satt et åpenhetsutvalg som skal utrede problemstillinger knyttet til filming og fotografering på barnehager, skoler, sykehus med mer.²⁹

Åpenhetsutvalget skal ikke ta stilling hva privatpersoner publiserer av bildemateriale.

Oppgaven avgrenses derfor mot barnehager, skoler og andre som publiserer personbilder av barn i sosiale medier, da dette allerede er under utredning.

Etter åndsverkloven § 104 (1) bokstav d har ikke avbildede rett til eget bilde dersom «... avbildningen på vanlig måte vises som reklame for fotografens virksomhet og avbildede ikke nedlegger forbud ...». Veldig ofte ser man at foreldre bruker bilder av egne barn i sosiale medier for å markedsføre produkter og lignende. Da oppgavens ordgrense ikke gir rom for en drøftelse av dette temaet, avgrenser oppgaven mot åndsverkloven § 104 (1) bokstav d.

Oppgaven avgrenser også mot unntaket i åndsverkloven § 104 (1) bokstav e, da dette faller utenfor kjernen av oppgavens problemstilling.

I den rettsdogmatiske delen av oppgaven avgrenses det mot drøftelser av virkningen av at foreldre krenker barns rett til eget bilde etter åndsverkloven § 104. Muligheten for sanksjonering av foreldre vil derimot bli drøftet i den rettspolitiske delen av oppgaven, se kapittel 5.2.

1.5 Fremstillingen videre

²⁹ <https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/apenhetsutvalget/mandat-for-apenhetsutvalget/id2575834/> (sist sjekket 09.12.2018)

I det følgende vil kapittel 2 redegjøre for de grunnleggende hensynene som gjør seg gjeldende når foreldre publiserer bilder av egne barn i sosiale medier. I oppgavens tredje kapittel vil det redegjøres for barns rettslige handleevne.

Kapittel 4 er oppgavens hoveddel. Denne drøfter hvor langt retten til eget bilde i åndsverkloven § 104 rekker som skranke for at foreldre kan publisere bilder av egne barn i sosiale medier. Kapittel 4.2 drøfter foreldres rett til å utøve samtykke på barnets vegne etter hovedregelen i åndsverkloven § 104. Kapittel 4.3 drøfter foreldres rett til å publisere bilder av egne barn i sosiale medier i kraft av egen rett til ytringsfrihet etter unntaksreglene i åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c.

Oppgavens femte kapittel er en rettspolitisk vurdering av gjeldende rett. I kapittel 5.2 drøftes det noen forslag til tiltak som kan bidra til å styrke barns rettsvern mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier.

2 Grunnleggende hensyn

2.1 Innledning

Når foreldre publiserer bilder av egne barn i sosiale medier er det særlig tre grunnleggende hensyn som berøres. For foreldre kan retten til å publisere bilder av egne barn i sosiale medier være vernet av ytringsfriheten, jf. Grunnloven § 100. For barnet kan publiseringen av bildet være i strid med retten til privatliv, jf. Grunnloven § 102. Barn er uten rettslig handleevne, jf. vergemålsloven § 9, og er derfor i utgangspunktet uten mulighet til å forsvare sine rettigheter. Dermed får forelderen mye makt, noe som gjør at det oppstår en spesiell konflikt.

I tillegg til hensynet til ytringsfriheten og privatlivet, kommer hensynet til barnets beste inn som en ekstra sikkerhet for barnet, jf. Grunnloven § 104. Dette kan føre til at verken de alminnelige reglene om ytringsfrihet, eller reglene om foreldres bestemmelsesrett, jf. barnelova § 30, vil være avgjørende for hvilket vern barn har mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier.

2.2 Foreldres rett til ytringsfrihet

Retten til å ha ytringsfrihet er en grunnleggende demokratisk menneskerettighet. Prinsippet er nedfelt i Grunnloven § 100, jf. EMK artikkel 10, og står sterkt i norsk rett.

Begrepet ytringsfrihet sikter til «... den enkeltes rett til å gi uttrykk for sin mening offentlig».³⁰ Dette er i tråd med Grunnlovens tredelte begrunnelse om at ytringsfrihet skal bidra til «... sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse», jf. Grunnloven § 100 (2). Ytringsfrihet oppfordrer til samfunnsdebatt og muliggjør personlig selvutfoldelse, og er derfor av både samfunnsmessig og individuell betydning.³¹

Med en ytring menes «... formidling av informasjon eller ideer (meninger)».³²

Ytringsfriheten gjelder dermed alle former som en ytring kan fremmes på, herunder ikke-

³⁰ NOU 1995: 3 «Mangfold i media. Om eierkonsentrasjon i massemedia» kapittel 3.2

³¹ Aall (2018) side 268-269

³² NOU 1999: 27 «Ytringsfriheten bør finde sted» Forslag til ny Grunnlov § 100» side 26

verbale ytringer i form av bilder. Dette medfører at ytringsfriheten også gjelder ved publisering av bilder i sosiale medier.³³

Foreldrerollen er naturligvis noe man har rett til å ytre seg om. Trolig er behovet for å utveksle erfaringer og meninger er ofte stort, og det bidrar til demokrati og meningsdannelse å i samfunnet når foreldre deltar i det offentlige rom. For å sikre utveksling av informasjon eller ideer er det derfor viktig at foreldre deltar i samfunnsdebatten.

Inngrep i ytringsfriheten kan bare skje hvor «... særlige hensyn gjør det forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelser», jf. Grunnloven § 100 (3) andre setning. Høyesterett og EMK legger særlig hensynet til demokratiet til grunn for beskyttelse av ytringsfriheten.³⁴ Dette tilsier at domstolene i stor grad aksepterer at ytringsfriheten går på bekostning andres interesser. Dette indikerer at foreldre ofte kan velge å prioritere ytringsfriheten fremfor hensynet til barnets rett til privatliv.

2.3 Barns rett til privatliv

Retten til respekt for sitt privatliv er også en grunnleggende menneskerettighet, jf. Grunnloven § 102, jf. EMK artikkel 8. Retten til respekt for sitt privatliv gjelder for alle mennesker, jf. ordlyden «... enhver ...» i Grunnloven § 102 (1), jf. EMK artikkel 8 nr. 1. Barn har derfor et selvstendig krav på respekt for sitt privatliv på lik linje med voksne.

Etter EMK artikkel 8 nr. 2 kan inngrep i privatlivet kun skje når det er «... nødvendig i et demokratisk samfunn ...». Dette tilsier at ytringer som ligger utenfor kjernen av ytringsfrihetens begrunnelser, jf. Grunnloven § 100 (2), ikke automatisk kan vinne frem på bekostning av andres rett til privatliv.

Som forelder har man en særskilt adgang til barnets privatliv. Foreldre ser barnet på sitt mest sårbare og har mulighet til å fotografere barnet i intime øyeblikk. Dette er noe barna har liten mulighet å skjerme seg mot. Hensynet til barnets rett til privatliv, jf. Grunnloven § 102, kan derfor komme inn og begrense foreldres rett til å ytre seg om egne barn.

³³ Aall (2018) side 270

³⁴ Se for eksempel Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) avsnitt 74 hvor førstevoterende viser til EMDs dom 24. juni 2004 *Von Hannover v. Germany* (no. 1) (59320/00) og uttaler at ytringsfriheten «... skal verne samfunnsdebatten og demokratiet ...».

Ved alle handlinger som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, jf. Grunnloven § 104 (2), jf. Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Hva som er til barnets beste er en objektiv vurdering som verken foreldre eller barnet kan bestemme innholdet av. Hensynet til barnets beste kommer dermed inn som et ekstra vern for barnet, da det kan begrense foreldres rett til å offentliggjøre bilder av barnet i kraft av foreldrenes bestemmelsesrett eller ytringsfriheten.

3 Barns rettslige handleevne

3.1 Innledning

Etter åndsverkloven § 104 (1) er hovedregelen at den avbildede må samtykke før bildet offentliggjøres. Vergemålsloven § 9 slår fast at barn ikke har rettslig handleevne, med mindre noe annet særlig er bestemt. Hovedregelen er derfor at barn er underlagt foreldres bestemmelsesrett, jf. barnelova § 30. Dette tilsier at barn i utgangspunktet ikke selv kan samtykke til offentliggjøring av sitt personbilde etter åndsverkloven § 104.

Barnelova §§ 31-33 slår fast at barn skal ha med- og selvbestemmelsesrett i spørsmål som angår barnet. Dette gir grunn til å klargjøre om dagens regelverk åpner for å gi barn rett til å samtykke til offentliggjøring av eget personbilde, jf. åndsverkloven § 104.

I det følgende vil det først bli redegjort for barns selvbestemmelsesrett, jf. barnelova §§ 32-33. Deretter vil det klargjøres om det gjelder en «personvernrettslig myndighetsalder» for barns selvbestemmelsesrett i sosiale medier. Til slutt redegjøres det for i hvilke tilfeller barn bare har medbestemmelsesrett, jf. barnelova § 31.

3.2 Barns selvbestemmelsesrett

Barnelova § 30 slår fast at foreldrene har «... rett og plikt til å ta avgjerder for barnet i personlege tilhøve innanfor dei grensene som §§ 31 til 33 set». Dette er foreldres bestemmelsesrett. Hovedregelen er derfor at barnet ikke selv kan ta avgjørelser som berører personlige forhold. Med «personlege tilhøve» menes blant annet bruk av informasjon som beskriver barnet, som for eksempel barnets personbilde.³⁵ Dette medfører at barnet i utgangspunktet ikke kan bestemme over bruken av bilder av seg selv.

Barnelova § 32 slår fast at barn som er fylt 15 år selv kan avgjøre spørsmål om «... val av utdanning og om å melde seg inn i eller ut av foreiningar». Selvbestemmelsesretten medfører at foreldrene fratas bestemmelsesretten over barnet når det gjelder spørsmål om utdanning og

³⁵ NOU 2009: 1 «Individ og integritet: Personvern i det digitale samfunnet» side 132

medlemskap i foreninger. Barnet er dermed gitt rettslig handleevne, og barnelova § 32 representerer derfor et unntak fra vergemålsloven § 9.

Videre følger det av barnelova § 33 at foreldrene skal gi «... barnet stendig større sjølvråderett med alderen og fram til det fyller 18 år». Dette tilsier at lovgiver anser barn for å være i stand til å bestemme over seg selv, avhengig av hva saken gjelder og barnets alder.³⁶ Det indikerer at barn kan ha selvbestemmelsesrett også når det gjelder spørsmål om offentliggjøring av eget personbilde.

Da barnelova § 33 åpner for en glidende overgang fra foreldres bestemmelsesrett til barns selvbestemmelsesrett, oppstår spørsmålet om det i dagens lovverk gjelder en personvernrettslig myndighetsalder for når barn selv kan samtykke til publisering av eget personbilde i sosiale medier, jf. åndsverkloven § 104. Dersom det gjelder en slik personvernrettslig myndighetsalder vil ikke foreldre kunne samtykke til offentliggjøring på vegne av barnet. Dette vil i så fall være et unntak fra barnelova § 30.

3.2.1 «Personvernrettslig myndighetsalder»?

I dag kan barn som har fylt 13 år selv samtykke til bruk av sosiale medier, jf. personopplysningsloven § 5. Dette tilsier at foreldres samtykke for barns deltagelse i sosiale medier ikke er nødvendig, og at foreldre er fratatt bestemmelsesretten i slike spørsmål. Personopplysningsloven § 5 regulerer imidlertid ikke når barnet selv kan bestemme over bruken av eget personbilde etter åndsverkloven § 104, men er et eksempel på at lovgiver har gjort unntak fra vergemålsloven § 9 i lignende spørsmål.³⁷

I forarbeidene til personopplysningsloven ble det diskutert hvilken aldersgrense det skulle settes for barns deltagelse i sosiale medier.³⁸ Departementet kom til at en aldersgrense på 13 år vil ivareta hensynet til barnets selvbestemmelsesrett, og pekte på at Datatilsynet praktiserer en regel om at barn som har fylt 13 år selv kan samtykke til deltagelse i sosiale medier.³⁹ Da lovgiver anser en 13-åring for å være moden nok til å delta i sosiale medier, tilsier dette at en

³⁶ NOU 2009: 1 side 131-132

³⁷ Prop.56 LS (2017-2018) side 212

³⁸ Ibid side 95-100

³⁹ Ibid side 99

13-åring som oftest også vil være i stand til å danne seg en mening om hvilke personbilder det ikke ønsker at foreldre skal publisere si sosiale medier.⁴⁰

I Barn og medier undersøkelsen 2018 opplyste 74 % av barna mellom 9 og 13 år som ble spurt at de bruker sosiale medier.⁴¹ Dette tilsier at en stor andel norske barn er på sosiale medier, selv om aldersgrensen for barns samtykke i sosiale medier er 13 år, jf. personopplysningsloven § 5. Dette tilsier at barn er kjent med sosiale medier fra tidlig alder.

Videre opplyste 27 % av barn i alderen 9-18 år at de har offentliggjort bilder på sosiale medier som de senere har angret på.⁴² Dette tilsier at presset på barn og unge i dag om å publisere personbilder av seg selv på sosiale medier er stort. Dette gjør at behovet for å verne barnet mot publisering av dets personbilde blir større.

I forarbeidene til barnelova ble det drøftet hvilken aldersgrense som skulle gjelde for barns rett til å melde seg inn og ut av foreninger. Utvalget påpekte at det ikke var betenkelig å gi 13- og 14 åringer full frihet til å melde seg inn i ulike foreninger. For å forhindre sosialt press på barnet, anså imidlertid utvalget det som gunstig å sette aldersgrensen til 15 år slik at foreldre kunne demme opp om dette presset.⁴³ Det kan trekkes paralleller fra disse forarbeidsuttalelsene til dagens samfunn, hvor det sosiale presset nå knytter seg til forventinger om at barn skal publisere bilder av seg selv i sosiale medier. For å demme opp om dette presset, tilsier forarbeidsuttalelsene at det også gjelder en 15 års grense for når barn selv kan samtykke til publisering av personbilde i sosiale medier.

Da lovgiver har ansett en 15-åring for å være moden nok til å fatte valg om utdanning og å melde seg inn i foreninger, jf. barnelova § 32, vil en 15-åring som oftest også være i stand til å ta en informert beslutning om det ønsker at dets personbilde skal publiseres i sosiale medier. I dag praktiserer Datatilsynet med en personvernrettslig myndighetsalder, slik at mindreårige som har fylt 15 år selv samtykker til innhenting og bruk av sosiale medier.⁴⁴

⁴⁰ Se Smith (2011) side 116-117: «Det krever en mindre grad av modenhet for å vite at man *ikke* ønsker at et bilde skal offentliggjøres, enn å forstå de negative sidene ved å offentliggjøre personopplysninger».

⁴¹ https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/trygg_bruk/BM2018_personvern_aldersgrenser side 14 (sist sjekket 09.12.2018)

⁴² https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/trygg_bruk/BM2018_personvern_aldersgrenser side 9 (sist sjekket 09.12.2018)

⁴³ NOU 1977: 35 «Lov om barn og foreldre (barneloven)» side 50

⁴⁴ Se Datatilsynets veiledningshefte «I beste mening» (2018):

https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/regelverk/veiledere/i_beste_mening_a4_bokmal_web.pdf (sist sjekket 09.12.2018), jf. NOU 2009: 1 side 131-132.

Dette tilsier at det etter dagens regelverk gjelder en regel om at barn som har fylt 15 år har tilnærmet full selvbestemmelsesrett over bruken av eget personbilde på internett.

Denne personvernrettslige myndighetsalderen på 15 år kan imidlertid ikke anses for å være absolutt. Enkelte personopplysninger er så sensitive at kun en myndig person over 18 år kan samtykke til publisering. Dette gjelder for eksempel intime bilder.⁴⁵ I slike tilfeller kan kun foreldre bestemme over bruken av bildet.⁴⁶ Dette er i tråd med at det skal være en glidende overgang fra foreldres bestemmelsesrett til barns selvbestemmelsesrett, jf. barnelova § 33.

Det kan altså ikke trekkes en fast grense for når et barn selv kan bestemme over publisering av sitt personbilde i sosiale medier. Dette må vurderes konkret i hver enkelt situasjon. Loven tilsier at det gjelder en betinget personvernrettslig myndighetsalder på 15 år.⁴⁷ Dette medfører at foreldre er fratatt retten til å samtykke på vegne av barn som er fylt 15 år i spørsmål om publisering av barnets personbilde i sosiale medier. Foreldrene må da innhente samtykke fra barnet før publisering etter åndsverkloven § 104. For sensitive personbilder har barnet imidlertid ingen selvbestemmelsesrett før det fyller 18 år, og er i slike tilfeller fremdeles underlagt foreldres bestemmelsesrett.

3.3 Barns medbestemmelsesrett

Det følger av Grunnloven § 104 (1) at barn har «... rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling». Innholdet i barns medbestemmelsesrett er nærmere presisert i barnelova § 31. Av denne følger det at foreldre skal «... høre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege forhold for barnet», og vektlegge barnets mening «... alt etter kor gammalt og modent barnet er», jf. barnelova § 31 (1) andre setning. Dette tilsier at barnets mening ikke nødvendigvis skal være utslagsgivende i saken, men foreldrene skal gi barnet anledning til å uttale seg om saken.⁴⁸

⁴⁵ <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/skole-barn-unge/samtykkje-fra-mindrearige/> (sist sjekket 09.12.2018)

⁴⁶ Hovlid, Ellen Lexerød, *Vern av privatlivets fred*, Oslo 2015, side 175

⁴⁷ Se også Grønvold og Hendis (2014) side 49

⁴⁸ NOU 1977: 35 side 123-124

Barnets medbestemmelsesrett gjelder i relasjonen mellom foreldre og barn, og har betydning for mange forhold, fra de «... helt dagligdagse ting til mer inngripende avgjørelser».⁴⁹ Dette tilsier at barnet har rett til å bli hørt før foreldrene publiserer bilder av barnet i sosiale medier.

Barnets medbestemmelsesrett blir større etterhvert som at «... barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om», jf. barnelova § 31 (1) første setning.

Medbestemmelsesretten medfører en plikt for foreldrene til å gi barnet tilstrekkelig og relevant informasjon om det saken gjelder.⁵⁰ Dette tilsier at foreldrene må informere barnet om at man ønsker å offentliggjøre bilde av barnet, slik at barnet får mulighet til å gjøre seg opp en mening om saken.

Hvilken plikt foreldre har til å vektlegge barnets mening før foreldrene publiserer barnets personbilde i sosiale medier vil variere «... alt etter kor gammalt og modent barnet er», jf. barnelova § 31 (1) andre setning. Det vil være av betydning hvilket spørsmål saken gjelder, om barnet forstår rekkevidden av spørsmålet, hvor fast barnet er i sin oppfatning og bakgrunnen for barnets syn.⁵¹ Dette tilsier at graden av barnets medbestemmelsesrett er en individuell helhetsvurdering.

Medbestemmelsesretten gjelder fra barnet fyller syv år, jf. barnelova § 31 (2) første setning. Dette betyr at alle barn skal ha anledning til å bli hørt etter at de fyller syv år.⁵² Er barnet fylt tolv år skal det legges stor vekt på hva barnet mener om saken, jf. barnelova § 31 (2) siste setning. Dette tilsier at foreldre skal legge større vekt på barnets mening, jo eldre det blir. Dette indikerer at foreldre har større plikt til å vektlegge en tolvåringens mening før publisering av bilder av barnet i sosiale medier, enn det foreldrene har plikt til om barnet er syv år.

Dersom det ikke kan forventes at barnet er i stand å danne seg en fornuftig mening om det saken gjelder, trenger ikke foreldrene å innhente barnets mening selv om barnet er fylt syv år.⁵³ Dette tilsier at dersom en forelder for eksempel ønsker å publisere et bilde i sosiale medier av et syv år gammelt sykt barn på for å samle inn penger til en operasjon som kan være til barnets beste, trenger ikke forelderens å innhente barnets mening om offentliggjøring av bildet.

⁴⁹ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) «Om lov om endringer i barneloven mv. (Ny saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)» side 60

⁵⁰ Prop.85 L (2012-2013) «Endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister)» side 86

⁵¹ Ibid side 35

⁵² Ot.prp.nr.29 (2002-2003) side 81

⁵³ NOU 1977: 35 side 123-124

Barnets medbestemmelsesrett gjelder også for yngre barn, jf. barnelova § 31 (2) første setning. Dette medfører at foreldrene også skal høre på hva barnet har å si før det fyller syv år, så lenge det er i stand til å danne seg en mening.⁵⁴ Dette blir en skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle.

For barn som kan uttrykke seg verbalt, vil det i de fleste tilfeller være enkelt å vurdere om barnet har dannet seg et synspunkt på om det er greit at bildet vises til andre. Barn som ikke har utviklet språk, kan uttrykke seg gjennom kroppsspråket. Dette er en anerkjent kommunikasjonsform.⁵⁵ Et barn som skjerner seg mot fotografering med en hånd vil kanskje være et uttrykk for at det ikke ønsker å bli tatt bilde av. Dette tilsier at barnet dannet seg et synspunkt om saken, og foreldrene vil da være pliktig til å vektlegge barnets mening før de publiserer bildet i sosiale medier, jf. barnelova § 31.

⁵⁴ NOU 1977: 35 side 123

⁵⁵ FNs barnekomites *General Comment no. 12 (2009) The right of the child to be heard* avsnitt 21

4 Foreldres rett til å publisere bilder av egne barn i sosiale medier

4.1 Innledning

Oppgavens rettslige utgangspunkt er åndsverkloven § 104:

«Fotografi som avbilder en person, kan ikke gjengis eller vises offentlig uten samtykke av den avbildede, unntatt når

a) avbildningen har aktuell og allmenn interesse

b) avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet

c) bildet gjengir forsamlinger, folketog i friluft eller forhold eller hendelser som har allmenn interesse ...»

Hovedregelen etter åndsverkloven § 104 (1) er at når man ønsker å offentliggjøre et fotografi av en annen person, må man ha samtykke fra den avbildede.⁵⁶ Dette tilsier at når foreldre publiserer bilder av egne barn i sosiale medier, må foreldrene ha samtykke fra det avbildede barnet. Da barn er uten rettslig handleevne, jf. vergemålsloven § 9, oppstår spørsmålet om foreldrene kan samtykke på barnets vegne. Dette spørsmålet vil bli behandlet i kapittel 4.2.

Unntakene oppstilt i åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c knytter seg til ytringer som er vernet av ytringsfriheten, jf. Grunnloven § 100.⁵⁷ Dersom foreldre ikke kan offentliggjøre bilder av barnet i kraft av bestemmelsesretten, jf. barnelova § 30, oppstår spørsmålet om foreldre likevel kan publisere bilder av egne barn i sosiale medier i kraft av egen rett til ytringsfrihet. Dette spørsmålet behandles i kapittel 4.3.

4.2 Foreldres rett til å utøve samtykke på barnets vegne

4.2.1 Innledning

⁵⁶ Det er sikker rett at «fotografi» også gjelder film, jf. Rt. 1995 s. 1948 på side 1953

⁵⁷ Prop. 104 L (2016-2017) side 304

Etter åndsverkloven § 104 (1) er hovedregelen at den avbildede må samtykke til publisering av personbildet før det publiseres i sosiale medier. Da barn under 15 år ikke selv kan bestemme over bruken av eget personbilde i sosiale medier, jf. kapittel 3.2., er det foreldrene som må samtykke på vegne av barnet i kraft av foreldreansvaret, jf. barnelova § 30.

Spørsmålet som da oppstår er hvor langt foreldres bestemmelsesrett rekker som rettslig grunnlag for å publisere bilder av egne barn i sosiale medier.

Innledningsvis er det verdt å merke seg at selv om foreldre ikke kan publisere bildet av barnet etter hovedregelen i åndsverkloven § 104 (1), trenger ikke publiseringen å være rettsstridig etter unntaksregelen i åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c, jf. kapittel 4.3.

4.2.2 Foreldres bestemmelsesrett

Foreldreansvaret følger av barnelova § 30, og er todelt. For det første har barnet krav på «... omsut og omtanke fra dei som har foreldreansvaret», jf. barnelova § 30 (1) første setning. Omsorgsretten medfører at det er foreldrene som skal sørge for barnet.⁵⁸ Dette tilsier at foreldre blant annet har en plikt til å verne om barnets privatliv.⁵⁹

Etter barnelova § 30 (1) andre setning har foreldrene «... rett og plikt til å ta avgjerder for barnet i personlege tilhøve ...» innenfor grensene av barnets med- og selvbestemmelsesrett, jf. barnelova §§ 31-33. Formålet med foreldres bestemmelsesrett er å sørge for at det treffes fornuftige og begrunnede avgjørelser på vegne av barnet, for eksempel når barnet ikke kan eller ønsker å treffe avgjørelsen selv.⁶⁰

Bestemmelsesretten gir foreldre rett til å bestemme over bruken av informasjon som beskriver barnet.⁶¹ Dette tilsier at foreldre har rett til å publisere bilder av barnet i sosiale medier i kraft av bestemmelsesretten, så lenge dette ikke går på bekostning av barnets selv- og medbestemmelsesrett, jf. barnelova §§ 31-33.

⁵⁸ NOU 1977: 35 side 123

⁵⁹ Grønvold og Hendis (2014) side 89

⁶⁰ NOU 1977: 35 side 123

⁶¹ NOU 2009: 1 side 132

I *Reklos and Davourlis*⁶² hadde en profesjonell fotograf tatt bilde av et nyfødt barn på en fødeklinikk, uten å ha innhentet foreldrenes samtykke. Da saken kom opp for EMD var spørsmålet om fotografen hadde brutt barnets rett til privatliv, jf. EMK artikkel 8. Domstolen uttalte at privatliv er et bredt begrep som «... encompasses the right to identity».⁶³ Videre ble det uttalt at «A person's image constitutes one of the chief attributes of his or her personality, as it reveals the person's unique characteristics ...» og at retten til beskyttelse av personbildet er «... one of the essential components of personal development and presupposes the right to control the use of that image».⁶⁴ EMD ga foreldrene medhold i at barnets rett til privatliv etter EMK artikkel 8 var krenket, blant annet fordi foreldrene ikke hadde samtykket til fotograferingen av barnet.⁶⁵

EMDs avgjørelse i *Reklos and Davourlis* kan tas til inntekt for at retten til respekt for en persons privatliv gjelder helt fra man blir født, og at alle barn har krav på å få sin personlige integritet beskyttet.⁶⁶ Dommen illustrerer at EMD legger til grunn at det er foreldrene som skal ivareta barnets interesser. Dette tilsier at det er foreldrene som skal søke å ivareta barnets privatliv, også når foreldrene ønsker å offentliggjøre bilder av barnet.

Det er ikke tvil om at offentliggjøring av andres personbilde utgjør et inngrep i avbildedes rett til privatliv etter EMK artikkel 8.⁶⁷ Dette er også slått fast av EMD, som i *Von Hannover no. 2* uttalte at «The right to the protection of one's image is thus one of the essential components of personal development».⁶⁸ EMDs uttalelse kan tas til inntekt for at personbildet er en sensitiv del av personvernet. Dette tilsier at når foreldre publiserer bilder av barn i sosiale medier, utgjør dette et inngrep i barnets rett til privatliv.

Foreldres bestemmelsesrett må utøves ut fra grensene for barnets selvbestemmelsesrett, jf. barnelova §§ 31 til 33. For barn som har fylt 15 år er hovedregelen at det gjelder en betinget personvernrettslig myndighetsalder, og at foreldre er fratatt bestemmelsesretten over barnet når det gjelder spørsmål om offentliggjøring av barnets personbilde, jf. kapittel 3.2.1. Hensynet til barnets beste kan imidlertid komme inn og gjøre unntak fra dette utgangspunktet,

⁶² EMDs dom 15. januar 2009 *Reklos and Davourlis v. Greece* (1234/05)

⁶³ Ibid avsnitt 39

⁶⁴ Ibid avsnitt 40

⁶⁵ Ibid avsnitt 42 og 43

⁶⁶ Smith (2011) side 123

⁶⁷ Jf. Rt. 2009 s. 265 (Memo) avsnitt 41

⁶⁸ EMDs dom 7. februar 2012 *Von Hannover v. Germany* (no. 2) (40660/80 and 60641/08) avsnitt 96

jf. Grunnloven § 104. Også barn under 15 år kan ha selvbestemmelsesrett. Dette blir en konkret vurdering ut fra barnets alder og modenhet, jf. barnelova § 31.

Foreldres bestemmelsesrett er også begrenset av barnets medbestemmelsesrett, jf. barnelova § 31. Medbestemmelsesretten tilsier at barnet skal være en av beslutningstakerne før foreldre treffer avgjørelser om barnets personlige forhold.⁶⁹ Dette vil for eksempel ikke være tilfellet dersom foreldre publiserer et bilde av et sovende barn i sosiale medier, uten at barnet er informert om fotograferingen. I slike tilfeller vil foreldrene ha handlet i strid med bestemmelsesretten, og publiseringen vil derfor være rettsstridig etter åndsverkloven § 104 (1).

Foreldreansvaret skal utøves ut fra «... barnet sine interesser og behov», jf. barnelova § 30 siste setning. Dette er i tråd med Grunnloven § 104 (2), jf. Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, om at ved alle handlinger som omhandler barn skal «barnets beste» være et grunnleggende hensyn. I dette ligger det blant annet at foreldrene skal tenke på «... hva som objektivt sett vil gagne barnet og være til fordel for det på lengre sikt».⁷⁰ Dette betyr at hva som er til barnets beste ligger utenfor foreldrenes kontroll. Dette tilsier at hensynet barnet beste vil være et ekstra vern for barnet mot at foreldre publiserer bilder av barnet i sosiale medier.

Hensynet til barnets beste kan tale både for og mot at foreldre publiserer bilder av barnet i sosiale medier. Dette er en skjønnsmessig vurdering som må foretas i hvert enkelt tilfelle. Dersom publiseringen ikke er til barnets beste vil foreldrene handle i strid med bestemmelsesretten, jf. barnelova § 30. Publiseringen vil dermed ikke være vernet av åndsverkloven § 104 (1).

4.2.3 Barnets beste

Hva som ligger i prinsippet om barnets beste ble drøftet av Høyesterett i Rt. 2012 s. 1985. Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av avslag på søknad om asyl og opphold i Norge for et iransk ektepar og deres barn. Førstevoterende uttalte at hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn, og at det ikke er entydig hva som ligger i prinsippet.⁷¹

⁶⁹ Nina Tørgersen Allstrin, «Barns rett til beskyttelse mot at foreldre offentliggjør personlig informasjon om dem på sosiale medier», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2015, side 202-219, side 214

⁷⁰ NOU 1977: 35 side 123

⁷¹ Rt. 2012 s. 1985 (dissens 14-5) avsnitt 111

Førstevoterende viste så til forarbeidene til utlendingsloven hvor det uttales at «Prinsippet om barnets beste gjelder for alle barn i alle sammenhenger, og begrepet vil derfor ikke kunne ha et entydig innhold».⁷² Videre fremkommer det av forarbeidene at hva som er til barnets beste må vurderes konkret i den enkelte sak, og at vekten av hensynet til barnets beste er en skjønnsmessig vurdering basert på ulike forhold.⁷³

I FNs barnekomités General Comment no. 14 fra 2013 er det trukket frem flere momenter som kan være av betydning i den skjønnsmessige vurderingen av hva som er til barnets beste.⁷⁴ I det følgende vil kun momentene som er mest relevant for oppgavens problemstilling bli behandlet.

For det første anbefaler barnekomiteen at foreldre tar «The child's views» i betraktning før det fattes avgjørelser som berører barnet, jf. Barnekonvensjonen artikkel 12.⁷⁵ I dette ligger blant annet at foreldrene skal tilrettelegge for barnets «... participation in the assessment of their best interest».⁷⁶ Dette er i tråd med barnelova § 31. Dette betyr ikke at barnets mening skal være avgjørende i saken, men at foreldrene skal tilrettelegge for at barnets mening blir hørt. Videre har barnet rett til å bli hørt selv om det er veldig ungt eller om det for eksempel har en funksjonsnedsettelse.⁷⁷ Dette medfører at dersom en toåring tydelig sier ifra til sine foreldre at det ikke ønsker å bli fotografert, skal foreldrene ta dette i betraktning før de publiserer bildet i sosiale medier.

For det andre bør foreldre ta hensyn til «Care, protection and safety of the child» i vurderingen av hva som er til barnets beste.⁷⁸ Med dette siktes det til at foreldrene blant annet må vurdere «... the possibility of future risk and harm and other consequences of the decisions for the child's safety» ved alle handlinger som berører barnet.⁷⁹ Dette medfører at før foreldre publiserer bilder av barnet i sosiale medier, må forelderens vurdere hvilke konsekvenser publiseringen av bildet kan få for barnet, og om barnets sikkerhet settes i fare.

⁷² Ot.prp.nr.75 (2006-2007) «Om lov om utledningers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)» side 159

⁷³ Ibid side 159

⁷⁴ General Comment No. 14 (2013) avsnitt 52-79

⁷⁵ Ibid avsnitt 53 og 54

⁷⁶ Ibid avsnitt 54

⁷⁷ Ibid avsnitt 54

⁷⁸ Ibid avsnitt 71-74

⁷⁹ Ibid avsnitt 74

Det er kjent at det er faremomenter knyttet til publisering av barnebilder på internett. For eksempel kan bilder av barn i sosiale medier brukes av pedofile til å spore opp barn. Bildene kan også misbrukes til barnepornografi på internett.⁸⁰ Før publisering av barnets personbilde i sosiale medier bør derfor foreldrene spørre seg om bildet enkelt kan manipuleres, om bildet inneholder nakenhet eller om man på andre måter risikerer at barnets sikkerhet kommer i fare.⁸¹ Dersom dette er tilfellet, vil ikke publiseringen av barnets personbilde i sosiale medier objektivt sett være til barnets beste.

Et annet eksempel på at man må vurdere hvilke konsekvenser publisering av barns personbilde i sosiale medier vil ha, er forsvinningssaker som involverer barn. I slike tilfeller ser man ofte at etterlysninger med navn og bilde av barnet deles i sosiale medier. På den ene siden kan dette bidra til å lokalisere barnet, noe som kan være til barnets beste. På den andre siden kan slike bilder bli svært belastende for barnet.⁸² Før man publiserer bilder av barn i sosiale medier i etterlysningssaker må altså barnets sikkerhet vurderes opp mot potensielle konsekvenser av etterlysningen.

For det tredje anbefaler barnekomiteen at foreldre tar barnets «Situation of vulnerability» i betraktning ved vurderingen av hva som er til barnets beste.⁸³ Hva som er en sårbar situasjon vil variere fra barn til barn, men det er viktig at foreldrene «... take into account the different kinds and degrees of vulnerability of each child ...».⁸⁴ Dette tilsier at foreldre bør utvise forsiktighet med å offentliggjøre bilder som viser barn i en sårbar eller intim situasjon. For eksempel vil ikke det nødvendigvis være til barnets beste å publisere et bilde av et barn som får en sprøyte hos legen, dersom formålet med publiseringen kun er å skryte av barnet og få likerklikk av andre. Publiseringen kan derimot være til barnets beste dersom formålet med publiseringen er å nå frem med et hjelpebehov for det syke barnet.

Hva som ligger i prinsippet om barnets beste er altså en skjønnsmessig vurdering hvor man trekker inn de relevante momentene for saken. Innholdet og vekten av momentene vil variere

⁸⁰ Se for eksempel «Dark Room» saken. <http://www.nettovergrep.no/operasjon-dark-room/> (sist sjekket 09.12.2018)

⁸¹ Jf. https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/regelverk/veiledere/i_beste_mening_a4_bokmal_web.pdf side 11 (sist sjekket 09.12.2018)

⁸² Se for eksempel Lars Kittilsens kommentar i Journalisten hvor han forteller om en jente som rømte hjemmefra da hun var 16 år, og som ble etterlyst med navn og bilde. Ti år senere har kvinnen tatt utdanning, men sliter med å få jobb fordi etterlysningen dukker opp når man søker på navnet hennes på internett. <https://journalisten.no/node/40101> (sist sjekket 09.12.2018)

⁸³ General Comment No. 14 (2013) avsnitt 75 og 76

⁸⁴ Ibid avsnitt 76

fra barn til barn.⁸⁵ Dette tilsier at utfallet av vurderingen vil variere, og at det ikke kan gis et klart svar på når det er til barnets beste å publisere et bilde av barnet i sosiale medier eller ikke.

4.2.4 Konklusjon

Da barn er underlagt foreldres bestemmelsesrett, er utgangspunktet at foreldre kan publisere bilder av egne barn i sosiale medier etter hovedregelen i åndsverkloven § 104 (1), jf. barnelova § 30. Denne retten er begrenset av barns med- og selvbestemmelsesrett, jf. barnelova § 31-33. Dette medfører for det første at foreldre er fratatt bestemmelsesretten over barns personbilde når barnet er fylt 15 år, jf. kapittel 3.2.1. For det andre må foreldre innhente barnets mening før offentliggjøring av barnets personbilde, og det skal legges stor vekt på barnets mening når det har fylt tolv år, jf. barnelova § 31.

Foreldres bestemmelsesrett må utøves ut fra barnets interesser og behov, jf. barnelova § 30 (1). Dette medfører at før foreldre publiserer bilder av barnet i sosiale medier, må det foretas en objektiv vurdering av om publiseringen er til barnets beste, jf. Grunnloven § 104. Dette er en konkret og helhetsvurdering av som må gjøres i hvert enkelt tilfelle, basert på ulike hensyn.⁸⁶ Hensynet til barnets beste medfører at barn har et bedre vern etter åndsverkloven § 104 enn det en voksen person har.

4.3 Foreldres rett til å publisere bilder av egne barn i sosiale medier i kraft av egen rett til ytringsfrihet

4.3.1 Innledning

Dersom foreldre ikke kan publisere bilder av eget barn i sosiale medier i kraft av bestemmelsesretten, jf. barnelova § 30, oppstår spørsmålet om foreldre likevel kan publisere bildet i medhold av unntaksbestemmelsene i åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c. Felles for unntaksbestemmelsene er at publiseringen kan være vernet av ytringsfriheten, jf. Grunnloven § 100.⁸⁷ Dette kan medføre at verken reglene om foreldres bestemmelsesrett, jf. barnelova §

⁸⁵ General Comment no. 14 (2013) avsnitt 80

⁸⁶ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 159

⁸⁷ Prop. 104 L (2016-2017) side 304

30, eller reglene om barns med- og selvbestemmelsesrett, jf. barnelova §§ 31-33, kommer til anvendelse.

Spørsmålet som da oppstår er om foreldre kan publisere bilder av egne barn i sosiale medier i kraft av egen rett til ytringsfrihet, selv om dette går på bekostning av barnets rett til privatliv, jf. åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c.

Ytringsfriheten og retten til respekt for sitt privatliv er to likestilte menneskerettigheter. Dette medfører at man ikke uten videre kan si at den ene retten skal få forrang for den andre.⁸⁸ Etter Grunnloven § 100 (3) andre setning kan det bare settes grenser for ytringsfriheten der «... særlig tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelser». EMK artikkel 10 nr. 2 fastslår at inngrep i ytringsfriheten kun kan skje når det er «... nødvendig i et demokratisk samfunn (...) for å verne andres omdømme eller rettigheter ...». En slik begrensning er et eksempel på et særlig tungtveiende hensyn.

Retten til privatliv er beskyttet gjennom Grunnloven § 102, jf. EMK artikkel 8 nr. 1. Dette er en individuell rettighet som gjelder helt fra man er født, jf. *Reklos and Davourlis*.

Begrensninger i ytringsfriheten må derfor skje ut fra hensynet til «... andres (...) rettigheter ...», jf. EMK artikkel 10 nr. 2.⁸⁹ Ved vurderingen av hvilken rettighet som skal føre frem i et slikt kollisjonstilfelle, må det foretas en skjønnsmessig avveining mellom de kolliderende menneskerettighetene.⁹⁰ I denne vurderingen vil også hensynet til barnets beste stå sentralt, jf. Grunnloven § 104.

4.3.2 Avveiningsmomentene

Gjennom Høyesteretts- og EMDs praksis er det utviklet en rekke kriterier som er relevant ved avveiningen mellom retten til ytringsfrihet og retten til privatliv. Ingen av sakene i Høyesterett eller EMD gjelder foreldre som har publisert bilder av egne barn i sosiale medier, men felles for sakene er at de gjelder ytringer som krenker den avbildedes rett til privatliv. Avveiningsmomentene oppstilt av Høyesterett og EMD kan derfor anvendes direkte på oppgavens problemstilling.

⁸⁸ Aall (2018) side 216

⁸⁹ NOU 1999: 27 side 107

⁹⁰ Aall (2018) side 286

Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivet omtales som en «balansetest».⁹¹ Denne består av fem kriterier som ble konkretisert av EMD i *Von Hannover no. 2*:

«(α) Contribution to a debate of general interest

(β) How well known is the person concerned and what is the subject of the report?

(γ) Prior conduct of the person concerned

(δ) Content, form and consequences of the publication

(ε) Circumstances in which the photos were taken»⁹²

EMDs oppstilling av avveiningsmomentene er blitt kritisert for å ikke være overbevisende nok til å foreta en balansetest.⁹³ Kriteriene er imidlertid fulgt opp av EMD i *Axel Springer*⁹⁴ og *Lillo-Stenberg and Sæther*⁹⁵, noe som tilsier for at EMD har lagt seg på denne linjen. Også i norsk rett legges momentlisten uten videre til grunn, noe som kan tas til inntekt for at Høyesterett anser balansetesten som gjeldende rett.⁹⁶ Dette indikerer at når foreldre ønsker å publisere bilder av egne barn i sosiale medier som krenker barnets rett til privatliv, må man foreta balansetesten for å vurdere om unntakene i åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c kan komme til anvendelse.

«Contribution to a debate of general interest»⁹⁷

I *Von Hannover no. 1* måtte EMD ta stilling til om tysk presse hadde krenket prinsesse Caroline av Monacos rett til privatliv. Bakgrunnen var at pressen over flere år hadde trykket reportasjer med bilder av prinsessen og familien på shopping og i andre private øyeblikk. EMD uttalte at «... protection of private life has to be balanced against the freedom of expression ...»⁹⁸, og at det avgjørende i denne avveiningen var om bildene var et bidrag «...to a debate of general interest».⁹⁹ EMD kom til at bildene ikke ga et bidrag til en debatt av generell interesse, og at bildene derfor ikke var vernet av ytringsfriheten. Dette tilsier at terskelen for når et bilde er et bidrag til samfunnsdebatten er høy.

⁹¹ *Von Hannover no. 2* avsnitt 108

⁹² Ibid avsnitt 108-113

⁹³ Hovlid (2015) side 192

⁹⁴ EMDs dom 7. februar 2012 *Axel Springer AG v. Germany* (39954/08)

⁹⁵ EMDs dom av 16. januar 2014 *Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway* (13258/09)

⁹⁶ Se blant annet Rt. 2015 s. 746 (dissens 3-2) avsnitt 53 flg. Saken gjaldt en avis som i et oppslag uriktig hadde beskyldt en tidligere leder for en fotballklubb for å ha medvirket til skatteunndragelse på vegne klubben. Høyesterett la avveiningsmomentene til grunn og kom til at utsagnene i oppslaget ikke var rettsstridige.

⁹⁷ *Von Hannover no. 2* avsnitt 109

⁹⁸ *Von Hannover no. 1* avsnitt 58

⁹⁹ Ibid avsnitt 76

I Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) hadde et ukeblad trykket en rekke reportasjer med bilder av et kjærestepar som hadde blitt kjendiser gjennom tv-programmet «Big Brother». Høyesterett måtte ta stilling til om ukebladets ytringsfrihet kunne vinne frem på bekostning av parets rett til privatliv. Om ytringen var et bidrag til en debatt av allmenn interesse, uttalte førstevoterende at det er «... innfor samfunnsdebatten at vernet etter EMK artikkel 10 har si særskilte slagkraft». ¹⁰⁰ Dette kan tas til inntekt for at bildet må være et bidrag til samfunnsdebatten for å være vernet av ytringsfriheten. Denne formuleringen er senere fulgt opp i Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfotodømmen), noe som tilsier at Høyesterett har lagt seg på denne linjen. ¹⁰¹

I Rt. 2009 s. 265 (Memo) hadde magasinet «Memo» brukt et bilde av en libanesisk mann i en innvandringskritisk artikkel. Bildet var tatt i sammenheng med en lovlig demonstrasjon mot Muhammed-karikaturene, men dette fremkom ikke av artikkelen. Mannen saksøkte magasinet, og spørsmålet for Høyesterett var om bruken av bildet var i strid med åndsverkloven 1961 § 45c.

Magasinet anførte at bildet kunne brukes uten mannens samtykke fordi bildet hadde «aktuell og allmenn interesse», jf. åndsverkloven 1961 § 45c (1) bokstav a. Førstevoterende uttalte at debatten om innvandring var av generell interesse, men at bildet hadde «... omtrent ingen tilknytning til det aktuelle tema». ¹⁰² En enstemmig Høyesterett kom derfor til at bildet ikke hadde aktuell og allmenn interesse, og at bruken av bildet var i strid med åndsverkloven 1961 § 45c.

Førstevoterendes uttalelse må tas til inntekt for at det må oppstilles et relevanskrav mellom bildet og temaet som diskuteres. ¹⁰³ Dette medfører at det ikke er nok at bildet brukes i forbindelse med en debatt av allmenn interesse. Bildet i seg selv må også ha en tilknytning til det aktuelle temaet. Dette tilsier at det gjelder et relevanskrav etter åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c for at bildet skal være vernet av ytringsfriheten.

Det er veldig stor bredde i typen bilder av egne barn som foreldre publiserer i sosiale medier. Mange av disse faller inn under kategorien «skrytebilder». Med dette siktes det til bilder som

¹⁰⁰ Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) avsnitt 72

¹⁰¹ Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfotodømmen) avsnitt 38

¹⁰² Rt. 2009 s. 265 (Memo) avsnitt 55

¹⁰³ Hovlid (2015) side 208.

foreldre legger ut med formål om å skryte av barnet. Dette kan for eksempel være bilder fra barnets første skoledag, eller bilder fra ferier. Hvert år er det debatter knyttet til familiers ferievaner, eller om barn skal få fortelle om sommerferien sin på skolen. Dersom relevanskravet er oppfylt, kan skrytebilder fra disse hendelsene være et bidrag til slike samfunnsdebatter.¹⁰⁴ Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Et annet eksempel er skrytebilder som er svært nærgående på barnets privatliv. For eksempel kan det være et uskyldig bilde av en tre år gammel jente i en svømmehall som stolt viser frem sin nye badedrakt. På den ene siden kan bildet være et bidrag til en samfunnsdebatt om hvordan barn skal få et naturlig forhold til sin egen kropp. På den andre siden vil et bilde av et avkledd barn være svært intimt for barnet, og gjøre det sårbart. Ved alle bilder som gjelder barn, vil hensynet til barnets beste være et moment i vurderingen, jf. grunnloven § 104 (2). På den måten kommer barnets beste inn som en ekstra sikkerhet for barnet ved avveiningen mellom foreldrenes ytringsfrihet og barnets rett til privatliv. I eksempelet vil derfor både relevanskravet og hensynet til barnets beste komme inn og sette grenser for om foreldre kan publisere bildet i sosiale medier etter åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c.

En annen type bilder som foreldre publiserer på sosiale medier er bilder av alvorlig syke barn som er innlagt på sykehus. Formålet med publiseringen kan være at forelderens ønsker å spre kunnskap om barnets sykdom med familie og venner.¹⁰⁵ På den ene siden viser slike bilder barnet på sitt svakeste, noe som gjør barnet svært sårbart. Dette tilsier at slike bilder ikke bør offentliggjøres av hensyn til barnets rett til privatliv. På den andre siden kan bildene bidra til at barnet får tilgang til bedre behandling, noe som kan være til barnets beste, jf. Grunnloven § 104 (2). Dette kan tale for at bildet bør offentliggjøres av hensyn til barnets beste.

For forelderens kan det å fortelle sin historie gjennom sosiale medier være en måte å holde kontakten med verden utenfor sykehuset. Dette bidrar til demokrati og meningsbrytning i samfunnet, og bildene vil ligge i kjernen av ytringsfrihetens begrunnelser, jf. grunnloven § 100 (2). Eksempelet illustrerer at man alltid må foreta en avveining mellom forelderens ytringsfrihet og barnets rett til privatliv, og at hensynet til barnets beste kan tale både for og mot publisering i av bildet i sosiale medier.

¹⁰⁴ Wessel-Aas er kritisk til om skrytebilder faller inn under samfunnsdebatten, se Jon Wessel-Aas, *Jus og sosiale medier*, 2. utgave, Oslo 2015, side 87

¹⁰⁵ Se for eksempel saken om Ylva Dybing Helander som døde av kreft bare syv år gammel i 2013: https://www.nrk.no/ostlandssendingen/_jeg-har-blitt-pappa-til-en-engel-1.11340950 (sist sjekket 09.12.2018)

Et annet eksempel er minnesider på Facebook og lignende nettsider til minne om barn som har dødd av sykdom eller av andre årsaker.¹⁰⁶ På disse sidene ligger det ofte svært mange bilder av barnet da det levde. Etter åndsverkloven § 104 (2) gjelder retten til eget bilde i den avbildedes levetid og 15 år etter utløpet av avbildedes leveår. Dette medfører at når foreldre ønsker å publisere bilder av døde barn i sosiale medier i kraft av sin egen ytringsfrihet, må man forta de samme vurderingene etter åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c som når barnet levde. Kravet til hvor stor den aktuelle og allmenne interesse må være etter åndsverkloven § 104 (1) bokstav a, vil imidlertid bli mindre jo lengre tid det går etter den avbildedes død.¹⁰⁷ Dette indikerer at foreldres ytringsfrihet lettere vil bli prioritert fremfor barnets rett til privatliv jo lengre tid det går etter barnets død.

Med fremveksten av sosiale medier er det stadig flere foreldre som tar plass i offentligheten, og mange privatpersoner er blitt kjendiser gjennom sosiale medier. Her deler de bilder av barnas hverdag, og når ut til mange tusen lesere.¹⁰⁸ Disse foreldrene innehar ikke offentlige posisjoner i politikk eller samfunnsliv, og ytringene deres faller dermed i utgangspunktet utenfor samfunnsdebatten.¹⁰⁹ Spørsmålet er om bilder som kjendiser deler av egne barn i sosiale medier likevel er vernet av ytringsfriheten, jf. åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c.

I *Von Hannover no. 2* saksøkte igjen prinsesse Caroline av Monaco tysk presse etter at de hadde trykket en bildereportasje av prinsessen og familien. Formålet med bildereportasjen var å rette søkelyset mot at prinsessen dro på skiferie fremfor å pleie sin syke far. Etter å ha foretatt balansetesten, kom EMD til at pressens ytringsfrihet vant frem på bekostning av prinsessens rett til privatliv.¹¹⁰

I motsetning til *Von Hannover no. 1*, omhandlet reportasjen i *Von Hannover no. 2* hvordan prinsessen håndterte familiære forpliktelser. Fordi denne formen for opplysninger kan gi borgerne orienteringshjelp ved egne valg, anså EMD reportasjen for å være av allmenn interesse. Dette kan tas til inntekt for at personer som ikke har offentlige posisjoner i politikk eller samfunnsliv kan være rollemodeller i samfunnet, og tjene som en rettesnor for andre

¹⁰⁶ Se for eksempel minnesiden «Til minne om Ylva Dybing Helander» på Facebook.com

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) «Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.» side 39

¹⁰⁸ Se for eksempel bloggeren Anna Rasmussen. Hun er blitt nasjonal kjendis gjennom bloggen sin hvor hun skriver om hverdagen som ung mamma til tre små barn. Barna er svært ofte avbildet på bloggen. 9. desember 2018 hadde bloggen hennes 18.282 unike lesere: <https://www.blogg.no> (sist sjekket 09.12.2018)

¹⁰⁹ Jf. Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) avsnitt 72 og Rt. 2009 s. 1089 (Bryllupsfotodømmen) avsnitt 39.

¹¹⁰ Aall er kritisk til om forskjellen i saksforholdet mellom *Von Hannover no. 1* og *Von Hannover no. 2* var tilstrekkelig til å forsvare reportasjen i sistnevnte, se Aall (2018) side 286

borgere.¹¹¹ Dette tilsier at når kjendiser publiserer bilder av egne barn i sosiale medier, kan publiseringen være av allmenn interesse fordi bildene bidrar til informasjonsmangfold i samfunnet.¹¹²

I *Lillo-Stenberg and Sæther* gikk paret fra Rt. 2009 s. 1089 (Bryllupsfoto) til sak mot Norge, men tapte. Begge dommene er avsagt under dissens, og har dermed begrenset rett. Dommene er likevel et eksempel på at EMD ikke vil overprøve Høyesteretts avgjørelse så lenge balansetesten er foretatt. Dette indikerer at ytringsfriheten ofte vil bli prioritert dersom det er ingen tunge hensyn som taler for at privatlivsvernet skal prioriteres.

«How well known is the person concerned and what is the subject of the report»¹¹³

I Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) uttalte førstevoterende at ytringer om private relasjoner mellom to personer som ikke innehar posisjoner i politikk eller samfunnsliv, ligger utenfor det området som ytringsfriheten skal verne.¹¹⁴ Da kjendisparet ikke hadde slike posisjoner, kom førstevoterende frem til at artiklene ikke var et tilskudd til samfunnsdebatten.¹¹⁵ Personvernet sto derfor sterkere enn ytringsfriheten. Høyesteretts avgjørelse kan tas til inntekt for at personer som innehar politiske eller andre samfunnsmessige posisjoner har et svakere vern av sitt personvern enn privatpersoner. Dette er i tråd med EMDs praksis.¹¹⁶

I Rt. 2009 s. 265 (Memo) anførte magasinet at personer som opptrer i den offentlige arena må tåle svært mye. Til dette viste førstevoterende til *Krone Verlag GmbH*¹¹⁷, og at det avgjørende er ikke om avbildede er ukjent for offentligheten, men om avbildede har opptrådt på en måte som gjør at vernet etter EMK artikkel 8 ikke kan påberopes.¹¹⁸ Førstevoterende kom så til at saksøker ikke kunne anses som en offentlig person, kun fordi han deltok i et lovlig demonstrasjonstog.¹¹⁹ Dette tilsier at det kreves aktiv deltagelse i det offentlige bildet før man er å anse som en offentlig person. Dette indikerer at en privatperson som deler et enkelt bilde

¹¹¹ Hovlid (2015) side 237-245

¹¹² Se EMDs dom av 10. mai 2011 *Mosley v. The United Kingdom* (48009/08) avsnitt 131 hvor det uttales at «The publication of news about such persons contributes to the variety of information available to the public and, although generally for the purposes of entertainment rather than education, undoubtedly benefits from the protection of Article 10».

¹¹³ *Von Hannover no. 2* avsnitt 110

¹¹⁴ Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) avsnitt 72

¹¹⁵ Ibid avsnitt 85

¹¹⁶ *Von Hannover no. 2* avsnitt 110

¹¹⁷ EMDs dom 26. februar 2002 *Krone Verlag GMBH & CO KG v. Austria* (34315/96)

¹¹⁸ Rt. 2009 s. 265 (Memo) avsnitt 45

¹¹⁹ Rt. 2009 s. 265 (Memo) avsnitt 50

av barnet sitt i sosiale medier som et bidrag i en samfunnsdebatt ikke vil være å anse som en offentlig person. Motsatt vil en privatperson som aktivt oppsøker offentlighetens søkelys kunne anses som en offentlig person.

I *Axel Springer* ble en tysk avis saksøkt etter at den hadde publisert to artikler som viste bilder av at en mann ble arrestert for besittelse av narkotika. Mannen var en kjent skuespiller som spilte politiinspektør i en populær tysk TV-serie. Spørsmålet for EMD var om skuespillerens rett til privatliv måtte gå på bekostning av avisens ytringsfrihet.

EMD uttalte at det var «... a close link between the popularity of the actor in question ...» og den karakteren han var kjent for å spille.¹²⁰ EMD kom derfor til at skuespilleren var «... sufficiently well known to qualify as a public figure», og ga avisen medhold.¹²¹ EMDs uttalelse kan tas til inntekt for at man er en offentlig figur dersom man selv velger å tre inn i offentligheten, uavhengig av om man er skuespiller, politiker eller blogger. Dette tilsier at også kjendiser har et svakere vern av sitt privatliv.

I *Reklos and Davourlis* la EMD vekt på at det nyfødte barnet ikke var «... a public or newsworthy figure ...» og uttalte at barnet ikke falt inn under «... a category which in certain circumstances may justify, on public grounds, the recording of a person's image without his knowledge or consent ...», jf. avsnitt 41. Uttalelsen kan tas til inntekt for at EMD mener at nyfødte og små barn aldri vil være offentlige personer, og at små barn derfor har et særskilt behov for vern av sitt privatliv.

Med fremveksten av sosiale medier har stadig flere barn trådt inn i offentligheten. For eksempel ble tvillingene Marcus & Martinus internasjonale kjendiser etter at de som tiåringer vant sangkonkurransen «Melodi Grand Prix Junior» i 2012. Ved deltagelsen i konkurransen valgte selv guttene å tre inn i offentligheten, og ble dermed å anse som offentlige personer.¹²² Da EMD anser offentlige personer for å ha et svakere vern av sitt privatliv enn privatpersoner, oppstår spørsmålet om dette også gjelder for barn som selv velger å tre inn i offentligheten.¹²³

Verken Høyesteretts- eller EMDs praksis knytter seg til barn som selv har valgt å tre inn i offentligheten. I henhold *Reklos and Davourlis* vil aldri nyfødte og små barn være offentlige

¹²⁰ *Axel Springer* avsnitt 99

¹²¹ *Ibid* avsnitt 99

¹²² *Ibid* avsnitt 99

¹²³ Se for eksempel *Von Hannover no. 2* og *Axel Springer*

personer. For eldre barn, slik som for eksempel Marcus & Martinus, vil nok dette stille seg annerledes. I dag er barn vant til bruken av sosiale medier, og har nok derfor utviklet et forhold til hva det innebærer å publisere bilder på sosiale medier.¹²⁴ GDPR fortalepunkt 38 slår imidlertid fast at barn kan være «... mindre bevisste på aktuelle risikoer, konsekvenser og (...) på de rettigheter de har ...» når det gjelder behandling av personopplysninger. Dette tilsier at barn i mindre grad enn en voksen person vil forstå konsekvensene av å bruke sosiale medier. Dette indikerer at et barn ikke nødvendigvis vil være i stand til å ta et like informert valg om å tre inn i offentligheten som en voksen person.

Også her vil hensynet til barnets beste komme inn som en ekstra sikkerhet for barnet, jf. Grunnloven § 104 (2). Dette medfører at barn har et bedre vern av sitt privatliv enn det en voksen person vil ha i en slik situasjon. Dette tilsier at barn som velger å tre inn i offentligheten vil ha et svekket vern av sitt privatliv, men ikke i like stor grad som det vil være for en voksen person som velger å tre inn i offentligheten.

«Prior conduct of the person concerned»¹²⁵

I Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) anførte ukebladet at kjendisparet selv hadde valgt rampelyset, og at de derfor måtte tåle konsekvensene av dette. Førstevoterende uttalte at «Eg ser at det godt kan vere at dei som ein konsekvens av dette måtte finne seg i nærgående omtale under Big Brothersendingane og også ei tid etter dette ...», men at paret ikke måtte finne seg i ukebladets omtale av paret når det var gått et år siden paret hadde sluttet å gi intervju til media.¹²⁶ Uttalelsen kan tas til inntekt for at det er begrenset hvor mye vekt man kan legge på den avbildedes tidligere oppførsel i balansetesten.

I *Axel Springer* viste EMD til at skuespilleren hadde aktivt søkt medias søkelys, og at «... his “legitimate expectation” that his private life would be effectively protected ...» måtte være redusert.¹²⁷ Uttalelsen kan tas til inntekt for at når man aktivt søker medias søkelys, må man også regne med et svakere vern av sitt privatliv.

I *Von Hannover no. 2* uttalte derimot EMD at «... the mere fact of cooperated with the press on previous occasions cannot serve as an argument for depriving the party concerned of all

¹²⁴ Jf. https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/trygg_bruk/BM2018_personvern_aldersgrenser (sist sjekket 09.12.2018)

¹²⁵ *Von Hannover no. 2* avsnitt 111

¹²⁶ Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) avsnitt 78

¹²⁷ *Axel Springer* avsnitt 101

protection against publication of the photo at issue».¹²⁸ Dette tilsier at også kjendiser har krav på vern av sitt privatliv, selv om man tidligere har opptrådt i media.

Uttalelsene fra Høyesterett og EMD indikerer at foreldre ikke uten videre kan publisere bilder av egne barn i sosiale medier kun fordi barnet tidligere har stilt seg positiv til slik offentliggjøring av bilde. Alle bilder som forelderen ønsker å publisere i sosiale medier må derfor vurderes konkret i hvert tilfelle.

«Content, form and consequences of the publication»¹²⁹

I Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) uttalte førstevoterende at for å avgjøre hvilket vern privatlivet har, er det av betydning hvilken informasjon det er snakk om.¹³⁰ Dette kan tas til inntekt for at et bilde som viser nærgående detaljer fra avbildedes privatliv ikke automatisk er vernet av ytringsfriheten, men at dette er en skjønnsmessig vurdering som må foretas i hvert enkelt tilfelle.

I *Axel Springer* viste EMD til at artiklene ikke avslørte noen detaljer fra skuespillerens privatliv, og at artiklene ikke «... had resulted in serious consequences ...» for skuespilleren.¹³¹ Dette tilsier at det er av betydning i hvilken grad ytringen krenker avbildedes rett til privatliv, og hvilke konsekvenser publiseringen kan få. Dette indikerer at dersom foreldre ønsker å publisere personbilder i sosiale medier som viser detaljer fra barnets privatliv, må forelderen vurdere hvilke konsekvenser publiseringen kan få for barnet.

I *Von Hannover no. 2* uttalte EMD at det er av betydning hvordan den avbildede er representert på bildet.¹³² Dette kan tas til inntekt for at bilder hvor avbildede ikke representeres på en god måte, ikke er vernet av ytringsfriheten. Dette indikerer at bilder hvor barnet for eksempel gjøres til underholdning utgjør et større inngrep i barnets rett til privatliv enn et skrytebilde.

Videre uttalte EMD at det kan være av betydning i hvilket omfang bildet er blitt formidlet.¹³³ Dette tilsier at behovet for vern av privatlivet øker i takt med omfanget av publiseringen.

¹²⁸ *Von Hannover no. 2* avsnitt 111

¹²⁹ Ibid avsnitt 112

¹³⁰ Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) avsnitt 80

¹³¹ *Axel Springer* avsnitt 108

¹³² *Von Hannover no. 2* avsnitt 112

¹³³ *Von Hannover no. 2* avsnitt 112

Dette indikerer at publiseringen utgjør et større inngrep i barnets rett til privatliv, jo flere som får se bildet i foreldrenes sosiale medier.

«Circumstances in which the photos were taken»¹³⁴

I Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfotodømmen) viste førstevoterende til at fotografiene var tatt på et åpent område, og at de ikke bar preg av tillitsbrudd. Dette kan tas til inntekt for at bilder som bærer preg av tillitsbrudd, ikke er vernet av ytringsfriheten. Dette indikerer at bilder som utgjør et tillitsbrudd mellom barnet og forelderen ikke nødvendigvis er beskyttet av ytringsfriheten. Det kan for eksempel gjelde et bilde tatt i en situasjon hvor barnet oppfører seg utagerende etter å ha blitt hentet i barnehagen fordi barnet er trygg på forelderen. Dette vil kunne være et brudd på tilliten som er i relasjonen mellom barn og foreldre.

I *Von Hannover no. 2* uttalte EMD at det er av betydning «... whether the person photographed gave their consent to the taking of the photos and their publication ...». ¹³⁵ Dette tilsier at dersom om avbildede har samtykket til fotograferingen og publiseringen av bildet, vil ytringsfriheten vinne frem på bekostning av privatlivet. Da barn ikke kan samtykke på egne vegner, er det foreldrene som må utøve samtykke på vegne av barnet, jf. kapittel 4.2. Er barnet over 15 år, vil det derimot være av stor betydning om barnet har samtykket til publiseringen av bildet.

Videre påpekte EMD i *Von Hannover no. 2* at for privatpersoner som er «... unknown to the public, the publication of a photo may amount to a more substantial interference than a written article». ¹³⁶ Dette tilsier at offentliggjøring av et personbilde utgjør et større inngrep i retten til privatliv enn en tekst. Dette indikerer at foreldre bør utvise større forsiktighet ved å publisere barns personbilde i sosiale medier, enn det som er nødvendig ved publisering av en tekst av barnet.

I *Egeland og Hanseid*¹³⁷ hadde norsk presse trykket bilder av en kvinne like etter at hun hadde blitt dømt til 21 års fengsel for medvirkning til trippeldrap. EMD kom til at bildene utgjorde en krenkelse av kvinnens rett til privatliv. Det ble blant annet uttalt at bildene representerte «... a particularly intrusive portrayal ...» av avbildede fordi hun var fotografert mens hun var

¹³⁴ Ibid avsnitt 113

¹³⁵ Ibid avsnitt 113

¹³⁶ Ibid avsnitt 113

¹³⁷ EMDs dom av 16. april 2009 *Egeland and Hanseid v. Norway* (34438/04)

«... emotionally shaken and at her most vulnerable psychologically».¹³⁸ Dette tilsier at bilder som viser intime og sårbare øyeblikk for barnet i stor grad er vernet av privatlivet. Dette indikerer at hvor bilde av et barn som er svært nærgående på barnets privatliv, slik som for eksempel et bilde av et barn som sitter på toalettet, vil barnets privatliv veie tyngre enn forelderens ytringsfrihet.

4.3.3 Anvendelse av balansetesten

Når foreldre ønsker å prioritere hensynet til demokrati og samfunnets fellesskap fremfor hensynet til barnets interesser, må man anvende balansetesten for å finne ut hvilket rettsvern barn har mot at foreldre publiserer bilder av barnet i sosiale medier. Dette er også Høyesteretts metode.¹³⁹ I fravær av praksis fra Høyesterett og EMD hvor balansetesten har vært prøvd på oppgavens problemstilling, må det konstrueres et eksempel som balansetesten kan anvendes på.

En norsk mor publiserer et bilde av sin to år gamle datter på en lukket gruppe på Facebook. Gruppen er for familie og venner, og har 40 medlemmer. Bildet viser datteren naken på en badestrand, smilende til kamera. Bildet er et av flere bilder som moren publiserer i gruppen, og formålet er å dele bilder fra sommerferien i Spania med familien hjemme i Norge. Spørsmålet er om publiseringen er vernet av åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c.

Det første kriteriet i balansetesten er ytringens «contribution to a debate of general interest». Familien er en institusjon som står sterkt i samfunnet, og forhold eller hendelser knyttet til denne kan være av allmenn interesse, jf. åndsverkloven § 104 (1) bokstav c. I vårt eksempel publiseres bildet i en Facebook-gruppe med 40 medlemmer fra samme slekt. Bilder av medlemmene på ferie kan ha allmenn interesse innad i gruppen. Bildet har tilknytning til det aktuelle temaet, og relevanskravet er oppfylt. Dermed er vilkåret om at bildet er et bidrag til samfunnsdebatten oppfylt. Dette kriteriet er «the essential criterion» i balansetesten, noe som trekker i retning av at morens ytringsfrihet må prioriteres fremfor datterens rett til privatliv.¹⁴⁰

Det andre kriteriet i balansetesten er «how well known is the person concerned and what is the subject of the report». I vårt eksempel er ikke datteren en offentlig person, noe som tilsier

¹³⁸ *Egeland and Hanseid* avsnitt 61

¹³⁹ Se blant annet Rt. 2009 s. 265 (Memo)

¹⁴⁰ Jf. *Von Hannover* no. 2 avsnitt 109

at datteren har et sterkt behov for beskyttelse av sitt privatliv.¹⁴¹ Dette kriteriet trekker i retning av at barnets rett til privatliv veier tyngre enn morens rett til ytringsfrihet.

Det tredje kriteriet i balansetesten er «prior conduct of the person concerned». Selv om datteren tidligere har uttrykt seg positivt til at bilder av henne skal vises til familien, betyr ikke dette at hun ikke har rett til beskyttelse av sitt privatliv når det gjelder alle bilder av henne.¹⁴² Dette kriteriet trekker i retning av at barnets privatliv må prioriteres fremfor morens ytringsfrihet.

Det fjerde kriteriet i balansetesten er «content, form and consequences of the publication». På den ene siden publiseres bildet av datteren i en lukket gruppe på Facebook, hvor det bare er medlemmene som kan se bildet. Bildet når i utgangspunktet derfor ut til en begrenset personkrets, noe som tilsier at barnets behov for respekt for sitt privatliv ikke er så stort.

På den andre siden er det mulig å lagre bildet på egen datamaskin, noe som gjør at det er en risiko for at bildet kan spres på andre internettsider. Dette medfører at bildet potensielt kan nå ut til svært mange mennesker. Når man publiserer bilder på internett, risikerer man dessuten at disse aldri forsvinner. Selv om man kan få veiledning til hvordan man kan få slettet bilder internett gjennom nettsider som slettmeg.no¹⁴³, eller til å bruke filter slik at bildene ikke dukker opp i bildesøk, er dette en stor risiko å ta.

Man vet at bilder av barn kan bli misbrukt og delt med mennesker med onde intensjoner. Dette gjelder særlig bilder av nakne barn. Konsekvensene av publiseringen er dermed potensielt svært alvorlige, og det kan bli svært belastende for datteren at moren publiserte bildet. Dette kriteriet trekker samlet sett i retning av at datterens rett til privatliv veier tyngre enn morens rett til ytringsfrihet.

Det femte kriteriet i balansetesten er «circumstances in which the photos were taken». I dette siktes det blant annet om avbildede har samtykket til publiseringen.¹⁴⁴ En toåring vil ikke nødvendigvis være i stand til å samtykke til deling av personbildet på sosiale medier, eller gjøre seg opp en mening om bildet kan vises til andre familiemedlemmer. I henhold til hovedregelen i åndsverkloven § 104 er det derfor jentens foreldre som må samtykke på vegne

¹⁴¹ Jf. *Reklos and Davourlis* avsnitt 41

¹⁴² Jf. Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) avsnitt 78-79 og *Von Hannover no. 2* avsnitt 111 siste setning

¹⁴³ <https://slettmeg.no> (sist sjekket 09.12.2018)

¹⁴⁴ Jf. *Von Hannover no. 2* avsnitt 113

av barnet, ut fra en vurdering av hva som er til datterens beste. Et bilde av et nakent barn er svært nærgående og intimt, og det er ingen hensyn som taler for at det er til datterens beste at dette bildet publiseres på Facebook. Dette kriteriet trekker i retning av at datterens privatliv veier tyngre enn morens ytringsfrihet.

Samlet sett trekker balansetesten i retning av at datterens rett til respekt for sitt privatliv veier tyngre enn morens rett til ytringsfrihet. Bildet i eksempelet er til en viss grad et bidrag til en debatt av allmenn interesse, noe som taler for at ytringsfriheten bør prioriteres. De øvrige kriteriene trekker derimot i retning av at barnets privatliv må prioriteres fremfor morens ytringsfrihet. Dette må veie tyngst. Dermed er ikke bildet vernet av ytringsfriheten etter åndsverkloven § 104 bokstav a-c. I dette tilfellet vil balansetesten slå ut og verne om barnets privatliv. Da oppstår spørsmålet hva man kan gjøre for å gi barnet et aktivt rettsvern, jf. kapittel 5.2.

Ved å endre litt på eksempelet, vil man se at selv små modifikasjoner vil kunne endre på utfallet av balansetesten. Den samme moren publiserer bilder fra ferien i en lukket gruppe på Facebook med 40 medlemmer. På det ene bildet står mor, far og datteren på to år og smiler på en strand. Denne gangen har datteren klær på seg. Datteren har sagt at hun syns bildet er fint, og at det er greit at moren viser bildet til besteforeldrene. Spørsmålet er om bildet er vernet av åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c.

Det første kriteriet, «contribution to a debate of general interest», slår nå ut på en litt annen måte. I dette eksempelet er hovedmotivet på bildet familien, og datteren har en mindre fremtredende rolle. Dette kriteriet trekker i retning av at morens ytringsfrihet veier tyngre enn datterens rett til privatliv, jf. åndsverkloven § 104 (1) bokstav b.

Det andre og tredje kriteriet i balansetesten vil slå ut på samme måte som i det forrige eksempelet.

Når det gjelder det fjerde kriteriet, «content, form and consequences of the publication», vil vurderingen bli litt annerledes. I dette tilfellet er konsekvensene av at bildet offentliggjøres potensielt små. Man risikerer fremdeles at bildet kan misbrukes, men denne risikoen er langt mindre når barnet er påkledd. Dette kriteriet tilsier at morens ytringsfrihet veier tyngre enn barnets rett til privatliv.

Det femte kriteriet, «circumstances in which the photos were taken», vil også endre seg. I dette tilfellet har moren tilrettelagt for datterens medbestemmelsesrett. Bildet fremstår dessuten som lite sensitivt, og utgjør ingen stor krenkelse av barnets rett til privatliv. Dette kriteriet tilsier at morens rett til ytringsfrihet veier tyngre enn datterens rett til privatliv.

I dette eksempelet trekker balansetesten i retning av at ytringsfriheten vinner frem på bekostning av barnets rett til privatliv. Publiseringen er således vernet av ytringsfriheten etter åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c, og barnets rett til privatliv må vike.

Eksempelet kan så endres enda ytterligere. Også nå publiserer moren et bilde fra ferien på den lukkede Facebook gruppen. Bildet viser familiens sønn på fire år som står alene på stranden. Han er påkledd, men skjærer seg fra kamera med hånden og viser tydelig at han ikke ønsker å bli fotografert. Formålet med morens publisering er å illustrere hvor krevende det kan være å ha med en fireåring i trassalder på familieferie. Spørsmålet er om bildet er vernet av åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c.

I dette tilfellet vil det første kriteriet i balansetesten, «contribution to a debate of general interest», endre seg litt. Å kunne ytre seg om foreldrerollen og dele erfaringer er viktig for demokratiet og den frie meningsdannelse. Dette er i tråd med ytringsfrihetens begrunnelser, jf. grunnloven § 100 (2). Bildet er dermed et bidrag til denne samfunnsdebatten. I dette tilfellet vil morens ytringsfrihet klart veie tyngre enn sønnens rett til privatliv.

Det andre og tredje kriteriet i balansetesten vil slå ut på samme måte som i det første eksempelet.

Det fjerde kriteriet i balansetesten, «content, form and consequences of the publication», kommer inn med varierende styrke. På den ene siden viser bildet et sårbart øyeblikk for barnet, da det tydelig ikke ønsker å bli fotografert.

På den andre siden er konsekvensene av publiseringen små sammenlignet med det første eksempelet. Bildet deles i en lukket gruppe med barnets familie. Selv om man risikerer at bildet kan spres på internett, er det ikke like stor fare for at bildet kan misbrukes som om barnet var nakent. Dette trekker i retning av at morens ytringsfrihet kan prioriteres fremfor på sønnens rett til privatliv.

Det femte kriteriet i balansetesten, «circumstances in which the photos were taken», endrer seg også i dette tilfellet. På den ene siden viser sønnen tydelig at han ikke ønsker å bli fotografert. Dette tilsier at hans rett til privatliv bør respekteres.

På den andre siden kan foreldre fatte avgjørelser som strider med barnets ønsker, så lenge forelderen har tilrettelagt for barnets medbestemmelsesrett, jf. barnelova § 31. I vårt tilfelle er det snakk om en fire år gammel gutt som ikke nødvendigvis er i stand til å danne seg en informert mening om han ønsker at bildet skal offentliggjøres. Så lenge moren har tatt sønnens mening i betraktning, vil barnets medbestemmelsesrett være ivaretatt. Dette kriteriet trekker derfor i retning av at morens ytringsfrihet veier tyngre enn barnets rett til privatliv.

Samlet sett trekker balansetesten i dette tilfellet i retning av at morens ytringsfrihet vinner frem på bekostning av barnets privatliv. Ytringens bidrag til samfunnsdebatten er det vesentlige kriteriet i balansetesten.¹⁴⁵ Det skal derfor svært mye til for at privatlivet skal vinne frem over ytringsfriheten i tilfeller som dette hvor det er ingen tunge hensyn som trekker i retning av barnets rett til privatliv. Bildet er dermed vernet av åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c.

4.3.4 Konklusjon

Etter åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c kan foreldre velge å prioritere hensynet til samfunnet og egen ytringsfrihet, fremfor barnets interesser. Da ytringsfriheten står svært sterkt i det demokratiske samfunnet, jf. Grunnloven § 100, skal det mye til for at barnets rett til privatliv, jf. Grunnloven § 102, skal vinne frem. Dermed har barn et relativt svakt vern etter åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier.

Eksempelene fra innledningen om debattene om eksponering av barn i sosiale medier illustrerer at foreldre i stor grad publiserer bilder av egne barn i sosiale medier, og foreldre kan ha ulik motivasjon for å publisere bildene. Dette viser at de konstruerte eksemplene i del 4.3.3 ikke er virkelighetsfjerne, og at hver gang foreldre ønsker å publisere bilder av egne barn i sosiale medier må balansetesten foretas. Det kan derfor ikke gis et klart svar på hvilket rettsvern åndsverkloven § 104 (1) bokstav a-c gir barn mot at foreldre publiserer bilder av

¹⁴⁵ Jf. *Von Hannover* no. 2 avsnitt 109

dem i sosiale medier. Dette kan kun gjøres ved å foreta en konkret helhetsvurdering av hvert enkelt bilde. I denne må man anvende avveiningsmomentene utviklet gjennom Høyesterett og EMDs praksis ved å veie de motstående interessene ytringsfrihet, rett til privatliv og barnets beste mot hverandre.

5 Rettspolitisk vurdering

5.1 Innledning

I teorien har barn et relativt godt vern etter åndsverkloven § 104 mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier. Likevel ser man at svært mange foreldre publiserer bilder av egne barn i sosiale medier, og noen av disse kan være rettsstridig etter åndsverkloven § 104. I praksis er derfor ikke barns vern etter åndsverkloven § 104 særlig godt. Dette gir grunn til å stille spørsmål ved om hva man kan gjøre for å få mer aktiv etterlevelse av åndsverkloven § 104, og hvordan man på den måten kan bidra til å gi barn et mer effektivt vern. Dette vil bli drøftet i kapittel 5.2.

5.2 Forslag til tiltak som kan styrke barns rettsvern mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier

5.2.1 Lovendring

For å styrke barns rettsvern bør det vedtas en egen lovbestemmelse som uttrykkelig verner barns rett til å bestemme over bruk av eget personbilde i sosiale medier.

For eksempel kan det inntas et vilkår i åndsverkloven § 104 som begrenser foreldres bestemmelsesrett, og som styrker medbestemmelsesretten for barn som har fylt 13 år når det gjelder publisering av barnets personbilde i sosiale medier. Dette vil være i tråd med aldersgrensen i personopplysningsloven § 5. Videre bør den betingede personvernrettslige myndighetsalderen på 15 år lovfestes gjennom åndsverkloven § 104 og/eller barnelova. Dette vil bidra til et klarere regelverk, som igjen vil styrke barns rettsvern mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier.

5.2.2 Retningslinjer for publisering av bilder

For å styrke barns rettsvern ytterligere, bør det videre gis klare retningslinjer for hvilke bilder av barn som foreldre kan publisere i sosiale medier. Dette kan være en slags «Vær Varsom»-

plakat liknende den redaktørstyrte medier opererer med, og som vil fungere veiledende for hvilke bilder av barn som det er greit å publisere.¹⁴⁶

Retningslinjene bør inneholde en klar oppfordring om å begrense antall bilder hvor barnet er hovedmotiv. Det bør også oppfordres til å tenke gjennom hva formålet med publiseringen er, og vise til hensynet til barnets beste, jf. Grunnloven § 104.

Retningslinjene bør fraråde foreldre å publisere:

- Bilder som inneholder nakenhet og/eller som viser barnets kjønnsorganer
- Bilder som lett kan manipuleres
- Bilder som kan misbrukes i uredelige hensikter
- Bilder viser barn i sårbare situasjoner, som for eksempel et sykt barn, og hvor barnet lett kan identifiseres¹⁴⁷

Momentlisten er ikke uttømmende, og det kan tenkes andre situasjoner hvor barn er fotografert som ikke bør publiseres i sosiale medier av hensyn til barnets privatliv.

5.2.3 Sanksjoner

Avslutningsvis bør det være mulig å iverksette sanksjoner mot foreldre som offentliggjør bilder av egne i sosiale medier som er i strid med loven. Dette vil sikre barnet et reelt rettsvern etter åndsverkloven § 104, og bidra til at mer effektiv etterlevelse av retningslinjene.

Den mest praktiske løsningen vil være å gi Datatilsynet eller Barneombudet mulighet til å gå inn og slette bilder som krenker barnets rettigheter etter åndsverkloven § 104.¹⁴⁸ Et av problemene med at foreldre publiserer bilder av barn på sosiale medier, er at man risikerer at bildene blir liggende på internett for alltid. For barnet kan dette oppleves som belastende, selv flere år etter publiseringen. Ved å åpne opp for at barn kan få hjelp til å få slettet uønskede bilder vil dette bidra til å gi barn et bedre vern etter åndsverkloven § 104.

¹⁴⁶ <https://presse.no/pfu/etiske-regler/vaer-varsom-plakaten/> (sist sjekket 09.12.2018)

¹⁴⁷ Se også

https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/regelverk/veiledere/i_beste_mening_a4_bokmal_web.pdf (sist sjekket 09.12.2018)

¹⁴⁸ FN's barnekomite kom i 2010 med en slik oppfordring til Norge, se <https://www.regjeringen.no/contentassets/070c9c0cc01e42fcba35be64ee06b535/bk4-eksaminasjonen---avsluttende-merknader-8-4-10.pdf> avsnitt 29 (sist sjekket 09.12.2018)

En annen mulighet er å sanksjonere foreldre som krenker barns rett til eget bilde etter åndsverkloven § 104, med straff i form av bøter eller ved å gi barnet erstatning.

Etter straffeloven §§ 266 og 267 kan den som ved hensynsløs atferd krenker en annens fred eller som offentlig krenker privatlivets fred straffes med fengsel eller bøter. Etter straffeloven §§ 266 og 267 kreves det imidlertid krenkelsesforsett, jf. straffeloven § 22. Svært få foreldre som offentliggjør bilder av egne barn på sosiale medier gjør dette med intensjon om å krenke barnet. Dermed vil ikke straffeloven §§ 266 og 267 være aktuelle lovbestemmelser for å styrke barns vern.

Den som overtrer åndsverkloven § 104 kan bli straffansvarlig etter åndsverkloven § 79 og/eller erstatningsansvarlig etter åndsverkloven § 81. Slik åndsverkloven § 104 er utformet i dag, må det foretas en konkret vurdering av alle bilder som foreldre ønsker å publisere av egne barn i sosiale medier. Uten klare regler vil det være vanskelig å iverksette sanksjoner etter åndsverkloven §§ 79 og 81 mot foreldre som krenker barns rettigheter etter åndsverkloven § 104.

For at det skal reises offentlig påtale etter åndsverkloven §§ 79 og 80 kreves det at den fornærmede selv skal be om det.¹⁴⁹ Da barn er uten rettslig handleevne, jf. vergemålsloven § 9, er det foreldrene som må gjøre dette på vegne av barnet. Det er lite trolig at foreldre vil be om at det reises offentlig påtale mot seg selv.

Dersom det hadde vært inntatt en særbestemmelse i åndsverkloven § 104 som gir klarere regler rundt offentliggjøring av bilder av barn, og som gir barn rett til å be om at det reises påtale, kunne det vært iverksatt sanksjoner mot foreldrene i form av bøter etter åndsverkloven § 79 og/eller erstatning etter åndsverkloven § 81.

Åndsverkloven § 104 gjelder for alle, jf. ordlyden «... person ...». Dersom lovgiver mener at barn har det samme vernet etter åndsverkloven § 104 som det en voksen person har, bør det heller ikke godtas en dårligere gjennomføring av vernet for barn enn for voksne personer. Da et slikt tiltak vil skape likhet i rettsanvendelsen for både barn og voksne, fremstår dette som

¹⁴⁹ Grønvold og Hendis (2014) side 33

det beste tiltaket for å sikre barn et effektivt rettsvern mot at foreldre publiserer bilder av dem i sosiale medier.

6 Litteraturliste

6.1 Lover og konvensjoner

Lov 17. mai 1814	Kongerikets Norges Grunnlov (Grunnloven)
Lov 12. mai 1961 nr. 2	om opphavsrett til åndsverk m.v. [opphevet]
Lov 8. april 1981 nr. 7	om barn og foreldre (barnelova)
Lov 21. mai 1999 nr. 30	om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Lov 21. mai 1999 nr. 30	om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) vedlegg 2: Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse) (EMK)
Lov 21. mai 1999 nr. 30	om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) vedlegg 8: FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller (norsk oversettelse) (Barnekonvensjonen)
Lov 20. mai 2005 nr. 28	om straff (straffeloven)
Lov 26. mars 2010 nr. 9	om vergemål (vergemålsloven)
Lov 15. juni 2018 nr. 38	om personopplysninger (personopplysningsloven)
Lov 15. juni 2018 nr. 40	om opphavsrett til åndsverk mv (åndsverkloven)

6.2 Forarbeider

NOU 1977: 35	«Lov om barn og foreldre (barneloven)
NOU 1995: 3	«Mangfold i media. Om eierkonsentrasjon i massemedia»
NOU 1999: 27	«Ytringsfriheden bør finde sted» Forslag til ny Grunnlov § 100»
NOU 2009: 1	«Individ og integritet: Personvern i det digitale samfunnet
Ot.prp.nr.54 (1994-1995)	«Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.»
Ot.prp.nr.29 (2002-2003)	«Om lov om endringer i barneloven mv. (Ny saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)»
Ot.prp.nr.75 (2006-2007)	«Om lov om utledningers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)»
Prop.85 L (2012-2013)	«Endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister)»
Prop.104 L (2016-2017)	«Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)»
Prop.56 LS (2017-2018)	«Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (Generell personvernforordning) i EØS avtalen»

6.3 Rettsavgjørelser

6.3.1 Høyesterett

Rt. 1995 s. 1948

Rt. 2007 s. 687 (Big Brother)

Rt. 2008 s. 489 (Plata)

Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfotodommen)

Rt. 2009 s. 265 (Memo)

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2015 s. 93 (Maria)

Rt. 2015 s. 746

HR-2018-871-A

6.3.2 Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

*Krone Verlag GMBH & CO KG
v. Austria*

26. februar 2002 (Application no. 34315/96)

Von Hannover v. Germany (no. 1)

24. juni 2004 (Application no. 59320/00)

Reklos and Davourlis v. Greece

15. januar 2009 (Application no. 1234/05)

Egeland and Hanseid v. Norway

16. april 2009 (Application no. 34438/04)

Mosley v. The United Kingdom

10. mai 2011 (Application no. 48009/08)

Von Hannover v. Germany (no. 2)

7. februar 2012 (Application no. 40660/80 og
60641/08)

Axel Springer AG v. Germany

7. februar 2012 (Application no. 39954/08)

Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway

16. januar 2014 (Application no. 13258/09)

6.4 Juridisk teori

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, 5. utgave (Bergen 2018)

Allstrin, Nina Tørgersen, «Barns rett til beskyttelse mot at foreldre offentliggjør personlig informasjon om dem på sosiale medier», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2015, side 202-219

Bendiksen, Lena R. L., *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon* (Bergen 2008)

Grønvold, Sara Eline og Morten Hendis, *Barn og personvern* (Oslo 2014)

Hovlid, Ellen Lexerød, *Vern av privatlivets fred* (Oslo 2015)

Smith, Lucy, «Om barns personvern», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2011, side 106-126

Wessel-Aas, Jon, *Jus og sosiale medier*, 2. utgave (Oslo 2015)

Wessel-Aas, Jon og Magnus Ødegaard, *Personvern: Publisering og behandling av personopplysninger* (Oslo 2018)

6.5 Nettkilder

Aftenposten:

<https://www.aftenposten.no/norge/i/orlEm/-Foreldre-bryter-daglig-barnekonvensjonen-om-barns-rett-til-privatliv>

Blogg.no:

<https://www.blogg.no>

Datatilsynet:

https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/regelverk/veiledere/i_beste_mening_a4_bokmal_web.pdf

<https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/skole-barn-unge/samtykkje-fra-mindrearige/>

Expressen:

<https://www.expressen.se/kultur/ebba-busch-thor-gor-sig-rolig-pa-sitt-barns-bekostnad/>

Journalisten:

<https://journalisten.no/node/40101>

Medietilsynet:

<http://www.medietilsynet.no/globalassets/publikasjoner/barn-og-medier-undersokelser/2018-foreldre-og-medier>

https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/trygg_bruk/BM2018_personvern_aldergrenser

Nettovergrep.no:

<http://www.nettovergrep.no/operasjon-dark-room/>

NRK:

https://www.nrk.no/ostlandssendingen/_-jeg-har-blitt-pappa-til-en-engel-1.11340950

Presse.no:

<https://presse.no/pfu/etiske-regler/vaer-varsom-plakaten/>

Regjeringen:

<https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/apenhetsutvalget/mandat-for-apenhetsutvalget/id2575834/>

<https://www.regjeringen.no/contentassets/070c9c0cc01e42fcba35be64ee06b535/bk4-eksaminasjonen---avsluttende-merknader-8-4-10.pdf>

Slettmeg.no:

<https://slettmeg.no>

VG:

<https://www.vg.no/rampelys/i/21AmE4/kritiske-til-bloggere-som-fronter-barna-boer-lages-nye-kjoereregler>

6.6 Annet

Personvernforordningen (GDPR)

Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR]

FNs barnekomités General Comment no. 12

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment no. 12 (2009): The right of the child to be heard*, 20 July 2009, CRC/CGC/12

FNs barnekomités General comment no. 14

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or hers best interest taken as a primary consideration (art. 3, para 1)*, 29 May 2013, CRC/C/GC14